

Hermann Römer

DER GUTGLÄUBIGE MOBILIARERWERB
IM FRANZÖSISCHEN RECHT
RECHTSVERGLEICHENDE BETRACHTUNGEN
ZU ART. 2279 C. c.

1984

Diss. Münster



Der gutgläubige Mobiliarerwerb im
französischen Recht
Rechtsvergleichende Betrachtungen
zu Art. 2279 C.c.

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Westfälischen Wilhelms - Universität
zu Münster

vorgelegt von
Hermann Römer
aus Gelsenkirchen

Erster Berichterstatter:

Prof. Dr. Sandrock

Zweiter Berichterstatter:

Prof. Dr. Großfeld

Dekan:

Prof. Dr. Großfeld

Tag der mündlichen Prüfung:

23. 1. 1984

Meinen Eltern

GLIEDERUNG

	Seite
Einführung	1
A. Die beim gutgläubigen Mobiliarerwerb vom Nichtberechtigten berührten Interessen	1
B. Der deutsche Lösungsansatz	6
I. Gesetzliche Ausgestaltung	6
II. Zur Kritik an §§ 932 ff. BGB	9
1. Rechtfertigungsversuche zu § 932 ff. BGB	10
2. Neuere Kritik zu § 932 ff. BGB	14
III. Fragestellung	23
C. Methode	25
I. Rechtsvergleichende Methode	26
1. Die funktionale Methode der Rechtsvergleichung	28
2. Systemanalyse als Voraussetzung für die funktionale Rechtsvergleichung	31
II. Beweggründe für die Heranziehung der französischen Lösung	31
1. Der Code civil als grundlegende Kodifikation eines ganzen Rechtskreises	31
2. Ähnlicher geschichtlicher Hintergrund beider Lösungen	32
3. Besonderheit des besitzrechtlichen Lösungsansatzes	33
4. Normierung eines Lösungsrechts im Code civil	35
D. Zusammenfassung der Fragestellung	36
E. Gang der Untersuchung	37

	Seite
Teil I	
A. Rechtsvergleichender Überblick über die verschiedenen Lösungsmöglichkeiten zum gutgläubigen Mobiliärerwerb	39
I. Grundsatz der unbeschränkten rei vindicatio	39
II. Grundsatz des unbeschränkten Gutglaubenserwerbs	44
III. Mittellösungen	45
1. Europäischer Rechtskreis mit Ausnahme Englands	45
2. Anglo-amerikanischer Rechtskreis	46
a) England	47
b) USA	50
3. Ostblockrecht	54
B. Das französische Recht	56
I. Die geschichtliche Entwicklung des Gutglaubensschutzes in Frankreich	56
1. Epoche des Gewohnheitsrechts, "droit coutumier", vom 6. - 13. Jahrhundert	56
2. Rezeption römischen Rechts vom 14. - 16. Jahrhundert	60
3. Reaktion gegen die römischrechtliche Doktrin im 17. und 18. Jahrhundert, Suche nach neuen Lösungen	62
a) Kombination von rei vindicatio nach römischrechtlichem Vorbild mit einem Lösungsrecht	62
b) Verkürzung der Verjährungsfristen	63
c) Rechtsprechung des Pariser Chatelet	69
d) Bourjon und der Satz "en fait de meubles la possession vaut titre"	72
4. Parallelen und Unterschiede in der deutschen Rechtsentwicklung	84
a) Unterschiedliche geschichtliche Motive bei der Entstehung der Vorschriften	84
b) Parallelen vor Eindringen römischrechtlichen Gedankengutes	87

	Seite
c) Unterschiede zur Zeit der Rezeption	87
II. "Prima facie" Ähnlichkeiten der französischen Regelung	95
1. Parallelen des Art. 2279 C.c. zu § 1006 BGB	95
2. Parallelen des Art. 2279 C.c. zu § 937 BGB	96
3. Klärung	98
III. Der "Garagisten-Fall" als Ausgangspunkt rechtsvergleichender Überlegungen	99
IV. Die Ausgestaltung des Erwerbs vom Nichtberechtigten im heutigen französischen Recht	103
1. Art. 2279 C.c.	103
a) Die von Art. 2279 C.c. erfaßten beweglichen Sachen	103
aa) Körperliche Sachen "meubles corporels"	104
(1) Sonderstellung von Nießbrauchs- und Pfandrechten	104
(2) Sonderfall bei Mobiliarhypotheken, Eigentumsvorbehalt	106
bb) Ausschluß des Art. 2279 C.c. bei in öffentlichen Registern geführten Sachen	111
cc) Ausschluß des Art. 2279 C.c. bei "universalités de meubles"	113
dd) Ausschluß des Art. 2279 C.c. bei Sachen, die vom Warenverkehr ausgeschlossen sind ("res extra commercium")	114
ee) Ausschluß des Art. 2279 C.c. bei beweglichen Sachen, die zu bestimmten Immobilien gehören	117
b) Die für das Eingreifen des Art. 2279 C.c. erforderliche "possession"	118
aa) Eigenbesitz "possession animo domini"	118
(1) Der Begriff der "possession" in den Artikeln des C.c.	119
(2) Spezielle Problematik beim gutgläubigen Pfandrechtserwerb	121

	Seite
bb) Tatsächliche, materielle Innerhabung, "possession réelle"	124
(1) Abgrenzung in der Rechtsprechung	125
(2) Das Erfordernis der "possession réelle" als Folge des Konsensualprinzips	127
cc) Der fehlerfreie Besitz, "possession exempte de vices"	129
(1) Öffentlicher Besitz, "possession publique"	130
(2) Eindeutiger Besitz, "possession non équivoque"	130
(3) "Possession paisible"	132
d) Das Erfordernis des guten Glaubens	133
aa) Fehlende gesetzliche Regelungen und daraus resultierender Theorienstreit	134
bb) Die Ausgestaltung des Gutglaubenserfordernisses	138
(1) Das Objekt des guten Glaubens im französischen Recht	138
(2) Objektive oder subjektive Kriterien beim Gutglaubensschutz?	142
(3) Zum Zeitpunkt des guten Glaubens, insbesondere zum Grundsatz "mala fides superveniens non nocet"	143
(4) Die Gutglaubensvermutung des Art. 2268 C.c.	147
(5) Der gültige Erwerbstitel, "juste titre", als Bestandteil des Gutglaubenserfordernisses	148
e) Rechtsfolge des Art. 2279 C.c.	151
2. Art. 2279 al. 2 C.c.	153
a) Der Diebstahlsbegriff des Art. 2279 al. 2 C.c.	153

	Seite
b) Der Verlustbegriff des Art. 2279 al. 2 C.c.	155
c) Rechtsfolge	156
d) Rückgriff	157
3. Art. 2280 C.c.	158
a) Die privilegierten Tatbestände des Art. 2280 C.c.	160
b) Rechtsfolge bei Rückfall der Sachen an den Alteigentümer vor Geltend- machung des Lösungsrechts	162
c) Auf den "possessionnaire actuel" be- schränkter Anwendungsbereich des Art. 2280 C.c.	164
d) Ausschluß des Art. 2280 C.c. beim gut- gläubigen Pfandrechtserwerb	167
4. Art. 1141 C.c.	168
gutgläubiger Erwerb und Doppelverkauf	
5. Rechtspolitische Hintergrund der Rege- lung des Art. 2279 C.c.	171
a) Die Immobilienparallele	171
b) Der Grundsatz "res mobilis - res vilis"	172
c) Das Verkehrsinteresse	173
d) Der Vorwurfsgedanke	174
Teil II Rechtspolitische Wertung	177
A. Unterschiede zum deutschen Recht	177
I. Die Regelung des Gutgläubenserwerbs unter normalen Umständen bei freiwilligem Besitz- verlust	177
II. Die Regelung bei unfreiwilligem Besitz- verlust	177
III. Aus der Gewährung des Lösungsrechts bedingte Unterschiede	180
IV. Aus dem Begriff des Besitzes resultierende Unterschiede	182
V. Unterschiedliche Regelung bei Weggabe einer Sache durch einen Geschäftsunfähigen	185

	Seite
VI. Unterschiede, die sich aus der Differenzierung von gutem Glauben an das Eigentum und gutem Glauben an die Verfügungsbefugnis des Vormanns ergeben	189
VII. Sich aus dem Fehlen bereicherungsrechtlicher Rückgriffsnormen ergebende Unterschiede	189
VIII. Fehlen einer dem § 816 I Satz 2 BGB entsprechenden Regelung	196
IX. Der Rückerwerb vom Nichtberechtigten	197
X. Fehlen einer dem § 935 II BGB entsprechenden Regelung	199
1. Die französische Gutglaubensschutzregelung bei Geld	199
2. Die französische Gutglaubensschutzregelung bei Inhaberpapieren	202
3. Unterschiedliche Regelung bezüglich der öffentlichen Versteigerung	207
XI. Unterschiede, die sich aus der selbständigen dinglichen Einigung im deutschen Recht ergeben	218
B. Zur Brauchbarkeit des Besitzes als Rechtsscheinsträger	220
I. Rechtsvergleichende Wertung trotz unterschiedlicher Anknüpfungspunkte	220
II. Die Publizität des Besitzes auf Veräußererseite im deutschen Recht und ihre Durchbrechungen	222
1. Dogmatik und Kritik	222
2. Die Publizitätswirkung der Besitzverschaffung	226
III. Anregungen aus dem französischen Recht	235
1. Zum Rechtsscheinstatbestand bei Besitzverschaffung	235
2. Für strengere Anforderungen an den Besitz auf Erwerberseite in § 934 1. Alt. BGB	243
3. Für strengere Anforderungen an den Besitz auf Erwerberseite in § 934 2. Alt. BGB	249
4. Für strengere Anforderungen an den Besitz auf Erwerberseite in § 933 BGB	252

	Seite
5. Zusammenfassung	254
IV. Entwicklung neuer Einzelkriterien für den Publizitätsakt der Übergabe	256
C. Zur Brauchbarkeit der Differenzierung von frei- willigem und unfreiwilligem Besitzverlust	262
D. Ansätze zu einer neuen Abgrenzung von Umsatz- und Individualbereich	269
E. Zur Berechtigung des Verkehrsschutzgedankens	273
F. Geldentschädigung des Erwerbers ? Zur rechtspolitischen Bewertung des Lösungsrechts	282
I. Diskussion über die Einführung eines Lösungsrechts bei Schöpfung des BGB	282
II. Heutiger Meinungsstand	284
III. Eigener Vorschlag	289
IV. Zusammenfassung	297
G. Gutgläubiger unentgeltlicher Erwerb ?	300
H. Ergebnisse	302

A l t e G e s e t z e s q u e l l e n

ALR I 15 §§ 5, 24 - 26, 43

Codex Justinianus

Institutionen II b ff. 4 ff.

C. 7. 31

Gaius, Institutionen II, 43

Ulpian, Digesten 50. 17. 54

Sachsenspiegel Art. 6091

Sächs. Ges. Buch §§ 296, 315

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- Ancel, Marc Utilité et méthodes de droit comparé, Neuchatel 1931, tome II
- Anners, Erik Hand wahre Hand, Studien zur Geschichte der germanischen Fahrnisverfolgung, Lund 1952
- Ankum Rechtsvergleichende Betrachtungen zum gutgläubigen Mobiliarerwerb, Zeitschrift der Juristischen Fakultät der Universität Ankara, XXIX 1972, Nr. 3 - 4, S. 227 - 245
- Aubry et Rau Cours de droit civil français, 7ed., par Paul Esmein, Paris 1935
- Bähr, Peter zu BGH, Urteil vom 8.1.1972, JuS 1973, 319, NJW 1973, S. 141 ff.
- Baki, Abdel Du rôle de la possession en matière mobilière, thèse, Paris 1943
- Baudry -
Lacantinerie
et Tissier Traité du droit civil tome 28 droit civil, Paris 1905
Traité de la prescription, 4. Aufl., Paris 1925
- Bauer, Marianne Die Publizitätsfunktion des Besitzes bei Fahrnisübereignung, in: Festschrift für Bosch, 1976, S. 1 ff.
- Baumbach -
Duden HGB 24. Aufl., München 1980
- Beaumanoir zitiert nach Planiol-Ripert III Nr. 368
- Baumbach, Adolf -
Lauterbach, Wolfgang -
Albers, Jan -
Hartmann, Peter ZPO, 40. Aufl., München 1982
- Baur, Fritz Lehrbuch des Sachenrechts, 7. Aufl., München 1973

- van Bemmelen Le système de la propriété mobilière, Leyden und Paris 1887
- Beudant, Robert -
Lerebour -
Pigeonnière, Paul
Voirin, Pierre Cours des droits civils français, tome IV, bearbeitet von Lagarde, 2. Aufl., Paris 1936; tome XI, bearbeitet von Brethe de la Gressage, 2. Aufl., Paris 1938
- Bigot et Prémaneau zitiert nach Aubry et Rau II § 183
- Binding, Karl Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer nach BGB §§ 932 und 935 und ihre Reduktion auf das kleinstmögliche Maß
- Boehmer, Gustav Grundlage der Bürgerlichen Rechtsordnung Bd. II, Tübingen Abt. 1 1951, Abt. 2 1952
Einführung in das Bürgerliche Recht, 1954, Tübingen
Der Einfluß des Code civil auf die Rechtsentwicklung in Deutschland, AcP 151, S. 289
- Borchling, Conrad Niederdeutsche Rechtsquellen Ostfrieslands, Bd. I, Aurich 1908
- Blomeyer, A. Eigentumsvorbehalt und gutgläubiger Erwerb, AcP 153 (1954) S. 252 ff.
- Bourjon, François Le droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principe, tome I, II, Paris 1747
- Brandt, Hans Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, Der abstrakte dingliche Vertrag und das System des deutschen Umsatzrechts im Lichte der Rechtswirklichkeit, Leipzig 1940
- Breitenstein, Detlef Der Eigentumsvorbehalt im französischen Recht, RIW/AWD 1980, S. 682 ff.

- | | |
|--|---|
| Bruns, Victor | Besitzerwerb durch Interessenvertreter, 1920, zitiert nach Wadle, JZ 1974, S. 690 |
| Bufnoir | Propriété et contrat, Paris 1924 |
| von Caemmerer | Leistungsrückgewähr und gutgläubiger Erwerb, in: Festschrift für Boehmer, Bonn 1954, S. 145

Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübereignung, RabelsZ. 12, S. 675 ff.

Übereignung durch Anweisung zur Übergabe, JZ 1963, S. 586 ff. |
| Carbonnier, Jean | Droit civil II, 5. Aufl., Paris 1967 |
| Colin, Ambroise -
Capitant, Henri -
Julliot de la Morandière, Léon | Traité de droit civil, tome II Paris 1959 |
| de Cotterau | Le droit général de la France et le droit particulier de la Touraine, Tour 1782, tome I |
| Coutumes | de la Prévosté et Vicomté de Paris, Nouveau Coutumier général, tome III, Paris 1727 |
| Dalloz | Repertoire de droit civil IX, Paris 1954 |
| David, René | Les grands systèmes de droit contemporains, 5. Aufl., Paris 1973 |
| Dölle, Hans | Der Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, 1860 - 1960, Bd. V, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Köln 1960, S. 19 ff. |
| Drobnig, Ulrich | Das Bulgarische Gesetz über das Eigentumsrecht, RabelsZ 18 (1953), S. 692 |

- Dünkel, Hans-Peter Öffentliche Versteigerung und gutgläubiger Erwerb, in Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 31, Karlsruhe 1970
- Duplessis Traité sur la coutume de Paris, tome I, Des prescriptions, Paris 1725
- Eckhard und Jessen Fahrnisserwerb vom Nichtberechtigten, in: Schlegelbergers rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Bd. 3, S. 307
- Eichler, Hermann Institutionen des Sachenrechts-Bd. I, Tübingen 1954
Die Rechtslehre vom Vertrauen, Tübingen 1950
- Endreß, Jutta Die eigentumssichernde Bedeutung des Kraftfahrzeugbriefes in rechtsvergleichender Sicht, DAR 1959, S. 116
- Ennecerus, Ludwig Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, begründet von Ludwig Ennecerus, Theodor Lipp und Martin Wolff, Bd. 3, Sachenrecht, Tübingen 1957
- Ercklentz Der Erwerb vom Nichtberechtigten, eine Schöpfung germanischen Rechts, Diss. Würzburg 1935
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Harm Peter Westermann und Klaus Küchenhoff, 6. Aufl., Münster 1975
- Ferid, Murad Das französische Zivilrecht, Bd. I, II, München 1971
- Filho, Basilio Ribeiro O principio "en fait ..." no direito brasileiro, Rev. jurispr. Guanabara 12, 1973, Nr. 28, S. 1 - 14
- de Folleville Traité de la possession des meubles et des titres au porteur 2ed., Paris 1975

- Fuhrmann, Marion Besitzverlust Geschäftsunfähiger und gutgläubiger Mobiliärerwerb, Diss. Köln 1932
- Gernhuber, Joachim Buchbesprechung zu Hübner, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, JZ 1956, S. 544
- Giehl, Friedrich Ursprung und Grenzen des gutgläubigen Mobiliärerwerbs, Diss. Würzburg 1960
Der gutgläubige Mobiliärerwerb, Dogmatik und Rechtswirklichkeit, AcP 161 (1962), S. 357 - 379
- v. Gierke, Otto Der Entwurf eines BGB und das deutsche Recht, Leipzig 1889
Deutsches Privatrecht, Bd. II, Sachenrecht, München, Leipzig, Berlin 1905
- Goldschmidt, Levin Über den Erwerb dinglicher Rechte von dem Nichteigentümer und die Beschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung, insbesondere nach handelsrechtlichen Grundsätzen, ZHR VIII (1865), S. 225 ff. und IX (1866), S. 1 ff.
- Gravenhorst, Wolff Eigentumsvorbehalt gleich Sicherungsübereignung, JZ 1971, S. 494
Mobiliarsicherheiten für Darlehns- und Warenkredite in den sechs Ländern der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt 1971
- Großfeld, Bernhard Probleme der Rechtsvergleichung im Verhältnis Vereinigte Staaten von Amerika - Deutschland, RabelsZ 39 (1975), S. 5 ff.
- Günther, Helga Die rechtspolitischen Grundlagen des gutgläubigen Fahrnisserwerbs im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht, Diss. Freiburg 1937



- | | |
|--------------------------------------|--|
| Guillouard | Traité de la prescription,
Paris 1901 |
| Guisan, François | La Protection de l'Acquéreur de
bonne foi en matière mobilière,
Diss. Lausanne 1970 |
| Hallecker, Lothar | Der Begriff der abhandenge-
kommenen Sache, Diss. Köln 1931 |
| Hamel | Cours de doctorat, enseigné à
la faculté de droit de Paris
en 1938 - 39 |
| Haug-Adrion, Eberhard | Gutgläubenserwerb bei Verfö-
gungsbeschränkung des Eigentü-
mers zugunsten Dritter - ein
Vergleich zwischen deutschem
und französischem Zivilrecht
unter besonderer Berücksichti-
gung des Ehegüterrechts, Diss.
München 1975 |
| Heck, Philipp | Grundriß des Sachenrecht,
Tübingen 1930, Neudruck 1960

Das abstrakte, dingliche
Rechtsgeschäft, Tübingen 1937 |
| Hessler, Henrik | Der gutgläubige Erwerb in der
neueren Schwedischen Rechtsent-
wicklung und dem nordischen Ge-
setzentwurf, RabelsZ 32 (1968),
S. 284 |
| Heusler, Andreas | Die Gewere, Weimar 1872 |
| Hoche, Ulrich -
Westermann, Harry | Besitzerwerb und Besitzverlust
durch Besitzdiener, in JuS 1961,
S. 73 ff. |
| Hömeier, C.G. | Die Extravaganten des Sachsen-
spiegels. Aus den Abhandlungen
der königlichen Akademie der
Wissenschaften in Berlin, 1861,
S. 224 - 266 |
| de Houard | Dictionnaire du droit normand,
meubles, zit. nach Jobbé-Duval,
S. 233 |

- Hübner, Rudolf Grundzüge des deutschen Privatrecht, 5.Aufl., Leipzig 1930
Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, Erlangen 1955
- Huber, Eugen Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, in: Berner Festschrift für Hölle, 1894
System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Bd. IV, Basel 1893
- Jobbé-Duval Etude historique sur la revendication des meubles en droit français, Paris 1881
- Julliot de la Morandière Travaux de la commission de réforme du Code civil, Paris 1946 - 47
- Kant, Emanuel Die Metaphysik der Sitten
1. Teil, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 2. Aufl., Königsberg 1793 § 39.5.145
Von der Wiedererlangung
- v. Kapf, Sixt Der Mobiliarerwerb vom Nichtberechtigten und das Veranlassungsprinzip, Diss. Tübingen 1956
- Kauffmann, Walter Die Gehilfenhaftung im französischen Deliktrecht, Diss. Frankfurt 1973
- Kegel, Gerhard Verpflichtung und Verfügung, in: Festschrift für F.A.Mann, München 1977
- Kiefner Qui possidet dominus esse praesumitur, in: Zeitschrift für die Savigny Stiftung, Römische Abteilung, Band 79, S. 240 ff.
- Klang Kommentar zum ABGB 2. Aufl., Bd. II, Wien 1950

- Klug, Erich Ein Beitrag zur Lehre vom zweimaligen Verkauf der gleichen Sache im deutschen, schweizerischen, österreichischen und französischen Recht
- Kofferath, Günter Stand der Forschung über die geschichtlichen Grundlagen des Gutgläubensschutzes (§§ 932 ff. BGB), Diss. Bonn 1962
- Kremhelmer, Gerhard Die Regelung des Herausgabeanspruchs und der Nebenansprüche im französischen und deutschen Zivilrecht
- Lange, Hermann Eigentumserwerb im Falle des § 934 I. Halbsatz BGB, BGHZ 50, 45 in: JuS 1969, S. 162
- Langemeyer L'avenir de l'article 2014 C.c., NJB 1958, S. 21 ff.
- Lappenberg, J.M. Hamburgische Rechtsaltertümer Bd. I, Die ältesten Stadt-, Schiff- und Landrechte Hamburgs aus der Mitte des 14. Jahrhunderts, Hamburg 1845
- Lent, Friedrich Sachenrecht, Ein Studienbuch, fortgef. von Karl Heinz Schwab, 17. Aufl., München 1979
- Levy, Jean Philippe Cours d'histoire du droit privé, Paris 1962
- Levy, Julius Voraussetzung des gutgläubigen Fahrnisserwerbs nach §§ 932 - 936 des BGB und 366 - 367 des HGB, Diss. Hannover 1903
- Lindacher, Walter Fehlende oder irreguläre Pfändung. Pfändung und Wirksamkeit des vollstreckungsrechtlichen Erwerbs, JZ 1970, S. 360
- Lopau, A. Gutgläubensschutz und Bereicherungsausgleich durch einen Putativschuldner auf Veranlassung eines Dritten, BGH, NJW 1974, S. 1132 ff., JuS 1975, S. 773
- Loussouarn, Yvon L'automobile en droit privé, Paris 1965

- v. Lübtow, Ulrich Hand wahre Hand, Historische Entwicklung, Kritik und Reformvorschläge, in: Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin, 1955
- Marty, Gabriel -
Raynaud, Pierre Droit civil, tome II, les biens, les personnes, Paris 1976
- Mazeaud, Henri et
Léon -
Mazeaud, Jean Leçons de droit civil, tome deuxième, obligations, biens, 4. Aufl., Paris 1966
- Medicus, Dieter Bürgerliches Recht, 9. Aufl., München 1979
- Mengoni, Luigi Gli acquisti "a non domino", Mailand 1975
- Merk, Walther Die Entwicklung der Fahrnisverfolgung im französischen Recht, Rheinische Zeitung für Zivil- und Prozeßrecht 7. Jahrgang, 1914 - 1915, S. 81 ff. 173 ff.
- Meyer, Herbert Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht, in: Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des deutschen Reiches, Band 18, Heft 2, 1909
- Moghazy De la revendication des meubles en droit comparé, thèse, Paris 1927
- Mourmant, Denyse L'article 2280 et les possesseurs successifs du meuble perdu ou volé, Diss. Lille 1936
- Mugdan, B. Motive, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. III, Berlin 1899
- Müller, Horst Der verlängerte Eigentumsvorbehalt, Bemerkungen zur neuesten Rechtsprechung zu den Grundsätzen der Reichsgruppe Industrie, ZAKDR, 1938, S. 502

- Müller, Horst Zum 85. Geburtstag von Leo Raape, Gedanken zum Schutz des guten Glaubens aus rechtsvergleichender Sicht, ZfRV 1963, S. 2 ff
- Müller, Wulf Heimlicher Gutgläubenserwerb, AcP 137 (1933), S. 86 ff.
- Müller-Erzbach, Rudolf Das Recht des Besitzes aus der vom Gesetz vorausgesetzten Interessen- und Herrschaftslage, entwickelt, AcP 142 (1936), S. 5
- Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 4 §§ 854 - 1296, bearbeitet von Friedrich Quack, München 1981
- Münzel, Karl Eigentumserwerb und Sicherungsübereignung, MDR 1951, S. 129 ff.
- Neumayer, Karl-H. Fremdes Recht aus Büchern, fremde Rechtswirklichkeit und die funktionelle Dimension in den Methoden der Rechtsvergleichung
- Niehaus, Alfons Fahrnisverfolgung und Publizitätsprinzip im Altdeutschen Sachenrecht, Münster 1910
- Noack, Wolhelm Die Übereignung gem. § 825 ZPO der auf Abzahlung verkauften Sache an den Verkäufer, MDR 69, S. 180 ff.
- Olivier - Martin Histoire du Droit français 2. Tirage, Paris 1951
- Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris 1920 - 103ß, Paris
- v. Olshausen, Eberhard Anmerkung zu BGH, Urteil vom 14.3.1974, JZ 1975, S. 27 ff

- Omar Estoppel and ostensible authority in english and french law, Diss. Cambridge 1964
- Ortlieb Effets de la possession des meubles en droit français, thèse, Nancy 1861
- Ourliac, P. - de Malafosse, I. Histoire du droit privé, tome 2, les biens, Paris 1971
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von Bassenge, Diederichsen, Heinrichs, Heldrich, Keidel, Puko, Thomas, 40. Aufl., München 1981
- Petev, Valentin Sozialistisches Zivilrecht, Berlin, New York 1975
- Pfetsch, Reinhard Die Ausweitung des Gutgläubensschutzes beim Kauf beweglicher Sachen im Amerikanischen Recht durch den Uniform Commercial Code, Berlin 1973
- Picker, Eduard Gutgläubiger Erwerb und Bereicherungsausgleich bei Leistungen im Dreipersonenverhältnis, NJW 1974, S. 1790
- Piotet L'acquisition d'une chose mobilière aliénée sans droit, Schweizer JZ 55, 1959, S. 285 ff.
- Planiol, Marcel Droit civil français, t. 1, 11. Aufl., Paris 1927
- Planiol, Marcel - Ripert, Georges Traité pratique II, les biens, Paris 1952
- Planiol - Ripert - Boulanger Traité de droit civil d'après le traité de Planiol II, Paris 1957
- Planiol - Picard Traité pratique de droit civil, tome III, 2. Aufl., Paris 1952
- Poincaré De la possession et de la recendication des meubles, Paris 1883

- Pothier Traité de la possession et de la prescription, herausgegeben von Papin, Paris 1938
Coutume d'Orléans, Introduction au titre de la prescription, Paris 1821 - 1822
Traité des cheptels, Paris 1822
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn, Bd. III, Sachenrecht, Berlin 1899
- Protokolle zum HGB, Berlin 1861
- Rabel, Ernst Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, in: Gesammelte Aufsätze, Band III, Arbeiten zur Rechtsvergleichung 1919 - 1954, Tübingen 1967, S. 1 ff.
- Rebe, Bernd Zur Ausgleichsfunktion von § 935 BGB zwischen Vertrauensschutz und Eigentümerinteresse beim gutgläubigen Mobiliarerwerb, AcP 173 (1973), S. 186 ff.
- RGRK BGB Reichsgerichtsrätekommentar, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Band III, Sachenrecht 1. Teil §§ 854 - 1011, Bearbeitet von Georg Augustin, Wilhelm Kregel und Heinz Pikart, 12. Aufl., Berlin, New York 1979
- RGRK HGB Reichsgerichtsräte, Kommentar zum HGB Bd. 3, §§ 343 - 372, Verf. Reinhard Freiherr v. Godin und Paul Ratz, 2. Aufl., Berlin 1963
- Ripert - Boulanger Le droit français, tome II, III, Paris 1960
- Saleilles La possession des meubles, Mélange de droit comparé 2, Paris 1907

- Santamaria, I. Comentarios al código civil,
Tomo 1, Madrid 1958
- Saunier De l'application de l'article
2279 dans les rapports entre
auteur et ayant cause, thèse,
Paris 1907
- Sauveplanne, M.J.G. Rapport explicatif du projet
de loi uniforme sur la protec-
tion de l'acheteur de bonne
foi d'objets mobiliers corpo-
rels. Unidroit, l'unification
du droit, Annuaire 67/68,
tome 1, S. 140 ff., Rom 1968
- Rapport explicatif de loi uni-
forme sur l'acquisition de
bonne foi d'objets mobiliers
corporels, Revue de droit uni-
forme, I, 1975, Unidroit, Rom,
S. 84 ff.
- Rapport comparatif de la pro-
tection de l'acquéreur de
bonne foi d'objets mobiliers
corporels, Unidroit, Annuaire
1961, Rom 1962, S. 43 ff.
- The protection of the bona
fide purchaser of corporel
movables in comparative law,
RabelsZ 29, 1965, S. 651
- Savatier, René Le risque pour l'homme de
perdre l'esprit et ses consé-
quences en droit civil,
D. 1968, Chr. 109 ff.
- Schefold, Dietrich Der Zeitpunkt des Eigentums-
übergangs beim Kauf beweglicher
Sachen nach französischem Recht,
Diss. Tübingen 1968
- Schlegelberger - Kommentar zum HGB 5. Aufl.,
Hefermehl Band IV, §§ 343 - 372,
bearbeitet von Ernst Geßler,
Wolfgang Hefermehl, Wolfgang
Hildebrandt und Georg Schröder,
München 1976

- Schmelzeisen Die Relativität des Besitzbegriffs, AcP 136 (1932), S. 39 ff.
- Schultze, Alfred Gerüfte und Marktkauf in Beziehung zur Fahrnisverfolgung, Festgabe Dahn, Bd. 1, S. 1 ff. Breslau 1905
Publizität und Gewährschaft im deutschen Fahrnisrecht, Iherings Jb. 49, S. 159 ff
- Schwind, Ernst Freiherr v. Deutsches Privatrecht, Wien, Leipzig 1921
- Soergel BGB, Band 5, Sachenrecht, §§ 854 - 1296, bearbeitet von Fritz Baur, 11. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1978
- v. Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch III. Band, Sachenrecht, 1. Teil, §§ 854 - 1017, erläutert von Hans Berg, Josef Ring und Günter Seufert, 11. Aufl., Berlin 1956
- Stillschweig, Kurt Der Schutz des redlichen Erwerbers bei Übereignung beweglicher Sachen, Berlin 1929
- Stintzing, Wolfgang Besitz, Gewere, Rechtsschein, AcP 109, 1912, S. 347 ff.
Die Übertragung beweglicher Sachen, Leipzig 1911
- Strahlendorff, Günter Ursprünge und Grenzen des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten im Mobiliarsachenrecht, Diss. Freiburg 1958
- Stricker Die abhandengekommene Sache, Diss. Hamburg 1934, zitiert nach v. Lübtow, aaO., S. 228
- Süß, Theodor Das Traditionsprinzip, ein Atavismus des Sachenrechts, in: Festschrift für Martin Wolff, 1952, S. 141, Tübingen

- | | |
|-----------------------------|---|
| Tournesac | Application pratique de la maxime: en fait de meubles la possession vaut titre, thèse, Paris 1913 |
| Travaux | de la Commission de réforme du Code civil 1946 - 47, Paris 1948, herausgeg. von Niboyet |
| v. Tuhr, Andreas | Eigentumserwerb an Mobilien nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch verglichen mit dem Recht des Code civil, Puchelts Zeitschrift (Rheinische Zeitschrift für französisches Zivilrecht) 30, 1899, S. 527 |
| Unidroit | Institut International pour l'Unification de Droit Privé, Projet de la loi uniforme sur la protection de l'acheteur de bonne foi d'objets mobiliers, Erstentwurf 1960, Annuaire 1960, S. 40, Rom 1960

Entwurf 1967 - 68, Annuaire 1969, tome I, Rom 1969

Loi uniforme sur la protection de l'acheteur de bonne foi d'objets mobiliers, Revue de droit uniforme, I, 1975, Unidroit, Rom 1975 |
| Ussing | Le transfert de la propriété en droit danois, Rev. int. de droit comparé, 1952, S. 1 |
| Valin | Commentaire de la Coutume de la Rochelle, 1756, zit. v. Planiol, t. 1, Nr. 2471 |
| de Vidal, Marina
Mariani | Regimen, Juridica de las cosas muebles, Buenos Aires 1973 |
| Villers | Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de Paris, 1962 |
| Vinding Kruse, Fr. | Das Eigentumsrecht (übersetzt von Knud Larsen), Bd. II, 1935 |

- | | |
|------------------------|---|
| Wacke, Andreas | Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, Köln 1974 |
| Wadle, Elmar | Die Übergabe auf Geheiß und der rechtsgeschäftliche Erwerb des Mobiliareigentümers, JZ 1974, S. 689 |
| Weill, Alex | Droit civil, les biens, Paris 1970 |
| Weimar, Wilhelm | Eigentumserwerb an abhandengekommenen Sachen, MDR 1965, S. 970 ff. |
| Weinberg, Harold R. | Sales Law, Economics, and the Negotiability of Goods, J. Leg. Studies 9 (1980), S. 569 - 592 |
| Weitnauer, Hermann | Die bewußte und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens, NJW 1974, S. 1729 |
| Wellspacher, Moritz | Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht, Wien 1906

Publizitätsgedanke und Fahrnisklagen im usus modernus, Grünhuts-Zeitung, Heft 31, 1904, S. 631 ff. |
| Westermann, Harm-Peter | Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht, Berlin 1967 |
| Westermann, Harry | Lehrbuch des Sachenrechts, Karlsruhe 1966, Nachdruck der 5. Auflage 1969

Grundlagen des Gutglaubenschutzes, JuS 1963, S. 1 ff. |
| Wieacker, Franz | Wandlungen der Eigentumsverfassung, Hamburg 1935 |
| Wiegand, Wolfgang | Der Rückerwerb vom Nichtberechtigten, JuS 1971, S. 62 ff.

Der gutgläubige Erwerb an beweglichen Sachen, JuS 1974, S. 201 |

- Wieling, Hans Empfängerhorizont, Auslegung der Zweckbestimmung und Eigentumserwerb, JZ 1977, S. 291
- Wieser, Eberhard Zum gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen, JuS 1972, S. 567 ff.
- Winkler, Robert Die Rechtsvermutung auf dem Besitz, Diss. Zürich 1969
- Wubbe, Felix Le possesseur de bonne foi vu par les juristes romains et modernes, in: Discours universitaires, Fribourg 1966
- Zachariae Crome Handbuch des französischen Zivilrechts, Bd. I - IV, Freiburg 1894, 1895
- Zajtay, Imre Rechtsvergleichende Bemerkungen über den Code civil und das RGH, AcP 157 (1969), S. 487
- Ziganke Der Schutz des Verlierers von Wertpapieren, WPM 1967, S. 838 ff.
- Zweigert, Konrad Die Rechtsvergleichung im Dienste der Rechtsvereinheitlichung in: Deutsche Landesreferate zum 3. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London, 1950, S. 251
- Rechtsvergleichend Kritisches zum gutgläubigen Mobiliarerwerb, RabelsZ 34 (1958), S. 1 ff.
- Die soziologische Dimension der Rechtsvergleichung, RabelsZ 38 (1974), S. 299
- Zweigert - Kötz Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd. I u. II, Tübingen 1969
- Zweigert, Konrad - Puttfarken, Hans-Jürgen Rechtsvergleichung, Darmstadt 1978

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
A.C.	Law Reports, Appeal Cases
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handels- gesetzbuch
a.E.	am Ende
al.	aliena
Ala. App.	Alabama Appellate Court, Court of Appeals
All. E.R.	All England Law Reports
ALR	(Preussisches) Allgemeines Landrecht
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Atl.	Atlanta
Bd.	Band
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundes- gerichtshofes in Zivilsachen
B.W.	Burgerlijk Wetboek
C.A.	Court of Appeal
Cal.	California
Cal. App.	California Appellate Court, Court of Appeals
cass.	chambre civile, section civile
cass. civ.	chambre civile, section civile
cass. com.	chambre civile, section commer- ciale et financière
cass. crim	chambre criminelle
cass. req.	chambre de requêtes
C.c.	Code civil
circ. Min. Fin.	circulaire du Ministre des Finances
civ.	chambre civile
ch.	chapitre

chr.	chronologique
Coke Rep.	Coke Reports
Colo.	Colorado
com.	commercial
C. pr. pen.	Code procedure pénale
D.	Recueil Dalloz (1845 - 1924) Jahr, Teil, Seite
DAR	Deutsches Autorecht
D.C.	Recueil critique Dalloz (1941 - 1944), Jahr, Seite
D.C.	District of Columbia
D.H.	Recueil Hebdomadaire Dalloz (1924 - 1940), Jahr Seite
Diss.	Dissertation
D.P.	Recueil Périodique et critique Dalloz (1924 - 1940), Jahr, Teil, Seite
ed.	edition
EGBGB	Einführungsgesetz BGB
E.R.	English Reports
F. 2d	Federal Reporter, Second Series
ff.	folgende
Ffm.	Frankfurt / Main
GA. App.	Georgia, Appellate Court, Court of Appeals
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Giur. it.	La giurisprudenza italiana
HGB	Handelsgesetzbuch
HWB	Handwörterbuch
Iherings Jb.	Iherings Jahrbuch
Ill.	Illinois
J.C.P.	Jurisclasseurs périodiques (semaine juridique)
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K.B.	Law Reports, King's Bench
KO	Konkursordnung

liv.	livre
L.J.	Law Journal
L. Quart.Rev.	Law Quarterly Review
Md.	Maryland
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
Minn.	Minnesota
N.B.W.	Nieuw Burgerlijk Wetboek
N.C.	North Carolina, North Carolina Reports
N.E.	North Eastern Reporter
Nev.	Nevada
NJB	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N.W.	North Western Reporter
N.W. 2d	North Western Reporter, Second Series
Okla.	Oklahoma
P. 2d	Pacific Reporter, Second Series
Pa.	Pennsylvania, Pennsylvania Reports
Pa. St.	Pennsylvania Statutes
Q.B.	Law Reports, Queen's Bench Division
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für auslän- disches und internationales Privatrecht
Req.	chambre de requête
Rev. gen (Jur)	Revista general de legislacion y jurisprudencia
RG	Reichsgericht
RGH	Reichsgerichtshof
RG HRR	Reichsgericht, höchstrichter- liche Rechtsprechung
Rn.	Randnummer
S.	Recueil d'arrêts de Sirey Jahr, Teil, Seite
S.G.A.	Sale of Goods Act

S.E. 2d	South Eastern Reporter Second Series
sect.	section
Sem. jur.	Semaine juridique
s.o.	siehe oben
So. 2d	Southern Reporter Second Series
somm.	sommaire
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJ	Svensk Juristtidning
S.W. 2d	South Western Reporter Second Series
t.	tome
Tex. civ. App.	Texas Civil Appeal Reports
tit.	titre
T.R.	Taxation reports
Trib.	Tribunal
UCC	Uniform Commercial Code
Unidroit	Institut Internationale pour l'unification du droit privé Rom
v.	von, versus
vol.	volume
WiGB1	Gesetzblatt der Verwaltung der Vereinigten Wirtschaftsgebiete
WM	Wertpapiermitteilungen
ZaKDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZfRV	Zeitschrift für Rechts- vergleichung
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZVglR	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

Einführung

A. Die beim gutgläubigen Mobiliarerwerb vom Nichtberechtigten berührten Interessen

Eine optimale, die Interessen aller Beteiligten bestmöglich berücksichtigende Lösung zum Gutglaubensschutz bei beweglichen Sachen kann und wird es niemals geben. Wie die Lösung auch ausfällt, immer geht sie entweder zu Lasten des Alteigentümers oder aber zu Lasten des Erwerbers dieser Sache. Als Extremlösungen stehen sich der Grundsatz unbeschränkter rei vindicatio und die unbeschränkte Gewährung eines Gutglaubensschutzes gegenüber. Die Tatsache, daß immer entweder die Interessen des Alteigentümers oder aber die Interessen des Erwerbers mehr oder weniger geopfert werden müssen, hat Stintzing¹⁾ zu der Feststellung veranlaßt, daß der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten nicht so sehr ein Triumph des Rechts und der Rechtsentwicklung sei, sondern vielmehr eine traurige Notwendigkeit.

Eine Untersuchung der beim Gutglaubenserwerb berührten Interessen macht dies sofort deutlich, wie die zwei nachfolgenden Grundfälle zeigen:

1. Eigentümer A gibt seine Sache einem Verwahrer, Mieter oder Entleiher, der sie entweder verwechselt oder aber unterschlägt und dem gutgläubigen C veräußert.
2. Eigentümer A wird die Uhr gestohlen. Der Dieb B verkauft sie nunmehr an den gutgläubigen C.

1) Stintzing, Besitz, Gewere, Rechtsschein, AcP 109 (1912) S. 347, 435

Wer soll in diesen beiden Fällen geschützt werden? Je nachdem, einen wie hohen Stellenwert man den Interessen auf Seiten des Eigentümers und auf Seiten des Erwerbers beimißt, kann man die rei vindicatio in beiden Fällen zulassen, in beiden Fällen versagen, oder aber einen Mittelweg einschlagen und sowohl die rei vindicatio als auch den gutgläubigen Erwerb je nach der Lage des Falles zulassen. Auf den ersten Blick gerechter erscheint es, die rei vindicatio immer zuzulassen. Dem Eigentümer steht grundsätzlich das Recht zu, mit seiner Sache so zu verfahren, wie es ihm beliebt, solange er nicht an die Grenzen stößt, die ihm von der Sozialbindung des Eigentums gesetzt werden ²⁾. Warum soll er sein Eigentum verlieren, ohne hiervon zu wissen und ohne in diesen Eigentumsverlust eingewilligt zu haben? Dies kommt einer entschädigungslosen Enteignung nahe ³⁾.

Dem Interesse des Eigentümers auf Erhaltung und uneingeschränkte Ausübung seines persönlichen Eigentumsrechts stehen die berechtigten Interessen des Erwerbers gegenüber:

Er kann entgegnen, er sei davon ausgegangen, die Sache vom Eigentümer erstanden zu haben und kann je nach Lage des Falles ausreichend Beweis dafür antreten, daß er alle gebotene und notwendige Sorgfalt beobachtet hat, um sicher zu gehen, nicht von einem Nichtberechtigten erworben zu haben. Er wird sich gegen die Vindikation wehren.

2) Art. 14 GG

3) Hübner, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, Erlangen 1955, S. 11

Wenn man nur an die jeweils direkt betroffenen Parteien, die sich in der oben beschriebenen Ausgangssituation befinden, denkt, stehen sich das Eigentumserhaltungsinteresse des Eigentümers und das Erwerbsinteresse des Erwerbers als unvereinbare Interessengegensätze gegenüber. Diese Interessengegensätze beschränken sich jedoch nicht nur auf den jeweils von den Vorschriften des Gutglaubensschutzes direkt betroffenen Personenkreis. Hinter den berührten Einzelinteressen verbergen sich auch immer zwei Postulate, die von allgemeiner Bedeutung für die bestehende Rechts-, Wirtschafts- und Sozialordnung sind.

Hinter dem Eigentumserhaltungs- beziehungsweise Beharrungsinteresse des Eigentümers verbirgt sich ein Allgemeininteresse, das auf die grundsätzliche Unverletzlichkeit des Eigentums gerichtet ist. Es hält an dem einmal Bestehenden fest und kann somit als "statisches Interesse" auf Aufrechterhaltung des Status quo bezeichnet werden.

Hinter dem Erwerbsinteresse des gutgläubigen Erwerbers dagegen steht das "dynamische Interesse", das darauf gerichtet ist, eine größtmögliche Sicherheit für den Käufer bei Eigentumsübertragungen von beweglichen Sachen zu gewährleisten und somit den Güterumlauf zu fördern. Dieses "dynamische Interesse" kann mit dem Begriff Verkehrsinteresse gleichgesetzt werden.

Welchem Interesse muß nun der Vorrang eingeräumt werden? Soll die Schnelligkeit und Sicherheit des Güter-austausches den absoluten Vorrang genießen? Wird damit nicht das Recht auf Eigentum geopfert, ein

Recht, das bereits vorher bestand ⁴⁾? Werden nicht durch ein Primat des Verkehrsinteresses wirtschaftliche Erwägungen einseitig in den Vordergrund gestellt auf Kosten einer gerechten Lösung, die das Eigentum des Alteigentümers respektiert und nicht ohne weiteres aufgibt?

Gegen eine vollständige Aufrechterhaltung der Vindikation spricht die daraus zwangsläufig resultierende Unsicherheit beim Erwerb von beweglichen Sachen. Jede geschäftliche Aktivität, der Güterumlauf und Warenverkehr, d.h. die gesamte wirtschaftliche Entwicklung könnte gebremst werden. Das Argument, daß es der Logik und der Ordnung mehr entspräche, rechtmäßiges Eigentum grundsätzlich als unverletzlich und schutzwürdig zu erachten, bedarf somit einer Korrektur.

Auch die Suche nach einer Kompromißformel zwischen den Extremen der einseitigen Bevorzugung des Verkehrsinteresses und des einseitig verfolgten Eigentumschutzes, wie man sie vielleicht vorschnell als besten Ausweg aus dem vorliegenden Interessenzwiespalt ansehen könnte, bringt vielerlei Probleme mit sich.

Eine Lösung, die einen gemäßigten, auf der Mitte liegenden Standpunkt einnimmt, birgt immer größere Abgrenzungsschwierigkeiten, die sich bei einer Extremlösung erst gar nicht zeigen. Es entstehen zwangsläufig Grenzfälle, deren genaue Einordnung schwierig ist.

Lösungen, die einen vermittelnden Standpunkt einnehmen, werden stets nicht in dem Maße justiziabel

4) v. Lübtow, Festschrift zum 41. Deutschen Juristentag, 1955, S. 119, 215

sein wie solche, die eindeutig und für jeden erkennbar einem Interesse den absoluten Vorrang einräumen.

Darüber hinaus kann eine solche Kompromißlösung, die zwar Zugeständnisse an die Verkehrssicherheit macht, aber auch dem Recht auf Eigentum einen angemessenen Platz einräumt, ihr Ziel - mehr Verkehrssicherheit durch Abgehen von der reinen Vindikationslösung - verfehlen ⁵⁾. Das wird sie immer dann tun, wenn die Abgrenzungsregeln nicht sehr präzise gefaßt und verständlich sind, so verständlich, daß jeder am Rechtsverkehr Beteiligte genau abschätzen kann, welche Risiken er im einzelnen eingeht und welchen Schutz ihm die Rechtsordnung gewährt.

Die Komplexität der beim Gutglaubensschutz von beweglichen Sachen berührten Interessen bringt es mit sich, daß hier deutlicher als in anderen Bereichen abgelesen werden kann, in welchem Maße eine Rechtsordnung von der wirtschaftlichen und sozialen Struktur eines Landes abhängig ist und an Änderungen dieser Strukturen angepaßt werden muß.

Andererseits zeigt sich, daß eine solche Anpassung nur zögernd und mit großer Zeitverschiebung erfolgt, weil geschichtlich überkommene Maximen noch eine starke Ausstrahlungskraft besitzen und nur mit Mühe modifiziert werden können. Gerade weil die im Widerspruch zueinanderstehenden Interessen beim Gutglaubenserwerb so überaus plastisch hervortreten, hat dieses Problem die Juristen aller Epochen besonders fasziniert und sogar zu philosophischen Überlegungen Anlaß gegeben ⁶⁾.

5) Guisan, aaO., S. 15

6) Kant, Emanuel, Die Metaphysik der Sitten, 1. Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre (erschienen bei F. Nicovolius, 2. Aufl., Königsberg 1793, § 39 S.145: Von der Wiedererlangung)

Nicht das so oft beim Gutglaubensschutz an beweglichen Sachen angeführte römische Recht hat zuerst eine Spezialregelung zu diesem Problemkreis geschaffen. Ausführungen, die die Gewährung beziehungsweise die Nichtgewährung des Gutglaubensschutzes betreffen, finden sich bereits in Gesetzen von Eshuma und im Codex Hammurabi ca. 2.000 Jahre vor Christi Geburt ⁷⁾.

B. Der deutsche Lösungsansatz

I. Gesetzliche Ausgestaltung

Zunächst soll die deutsche Regelung des Gutglaubensschutzes kurz umschrieben werden:

In den Vorschriften der §§ 932 - 935 BGB wird bestimmt, daß grundsätzlich der gutgläubige Erwerber volles Eigentum erwirbt, sofern er den, der ihm die Sache zu Eigentum übertragen hat, für den Eigentümer gehalten hat.

Wer von einem Besitzer eine Sache erwirbt, darf aufgrund des Rechtsscheins, der von diesem Besitz ausstrahlt, darauf vertrauen, daß er vom Eigentümer erwirbt. Dem Besitz kommt eine Publizitätsfunktion zu, die der Grundbucheintragung beim Erwerb von Grundstücken entspricht, jedoch nicht so stark ausgeprägt ist ⁸⁾.

7) Ankum, Zeitschrift der juristischen Fakultät der Universität Ankara, XXIX 1972, Nr. 3 - 4, S. 227

8) vgl. Motive BGB III S. 344 "Bei beweglichen Sachen bildet anstelle des Grundbuchs die Innehabung und der Besitz des Veräußerers, den Erfordernissen des dinglichen Vertrags in der Übergabe zu genügen, die Grundlage des zu schützenden guten Glaubens."

Der nichtberechtigte Veräußerer muß seinen Besitz zugunsten des Erwerbers völlig aufgeben; erst dann kann das Eigentum an den gutgläubigen Erwerber übergehen ⁹⁾. Dies ist der Hintergrund der verschiedenartigen Behandlungen des gutgläubigen Erwerbs, wenn mittels Übergabeersatz übereignet wird, vgl. §§ 933, 934 1. u. 2. Alt. BGB. Je nach dem, wie die Übergabe ausgestaltet ist, differiert auch der Zeitpunkt des Erwerbs.

Der Erwerb kraft guten Glaubens hat die Rechtsfolge, den vollen Eigentumserwerb auf Seiten des Erwerbers herbeizuführen und diesen so zu stellen wie den Erwerber vom Berechtigten. Dem Erwerber steht es daher etwa nicht frei, den Eigentumserwerb nachträglich abzulehnen. Diese Gleichstellung des Erwerbers vom Nichtberechtigten mit dem Erwerber vom Berechtigten führt ferner dazu, daß bei der Weiterveräußerung der Sache durch den gutgläubigen Erwerber der Dritterwerber auch dann Eigentum erwirbt, wenn er gewußt hat, daß der Erstveräußerer Nichteigentümer war.

Der Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten entfällt, wenn der Erwerber bösgläubig ist, d.h. wenn er Kenntnis vom Nichteigentum des Veräußerers hatte oder infolge grobfahrlässiger Unkenntnis vom Eigentum des Veräußerers ausging.

Ferner entfällt der Eigentumserwerb vom Nichteigentümer, wenn dem Eigentümer oder seinem Besitzmittler die Sache abhanden gekommen ist, § 935 BGB. In diesem Fall hat der Eigentümer die Sache nicht freiwillig aus der Hand gegeben und somit keinen Rechtsschein veranlaßt.

9) vgl. RGZ 137, 25

Auch ist ein gutgläubiger Erwerb durch Nacherwerber des Erwerbers nicht möglich, da der Makel des Abhandenkommens unabhängig von der Anzahl der Veräußerungen der Sache stets weiterhin anhaftet.

Eine Ausnahme wird bei Geld und Inhaberpapieren gemacht sowie bei Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerungen erworben wurden, § 935 Abs. 2 BGB. Die Möglichkeit des Gutgläubenserwerbs in diesen beiden Fällen wird im wesentlichen mit dem Verkehrsinteresse begründet, das in den gesetzlich bezeichneten Fällen besonders groß sei.

Die in § 937 BGB geregelte Ersitzung ermöglicht den gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachen in den Fällen, in denen wegen § 935 BGB trotz guten Glaubens kein Eigentumserwerb eintreten kann. Voraussetzung ist jedoch, daß der Eigentümer eine bewegliche Sache zehn Jahre lang im Eigenbesitz hat.

II. Zur Kritik an § 932 ff. BGB

Eine rechtsvergleichende Betrachtung des gutgläubigen Mobiliarerwerbs im deutschen Recht mit dem Ziel, die rechtspolitische Berechtigung des Gutgläubenserwerb unter heutigen Umständen zu prüfen, erscheint zu einem Zeitpunkt sinnvoll, in dem nach längerer Ruhepause die Diskussion um die Regeln des §§ 932 ff. BGB erneut lebendig geworden ist ¹⁾. Nicht nur die neuere Kritik in der

-
- 1) Hübner, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, Erlangen 1955
Zweigert, Rechtsvergleichend Kritisches zum gutgläubigen Mobiliarerwerb, RabZ 1958, S. 1 ff.
Rebe, Zur Ausgleichsfunktion von § 935 BGB zwischen Vertrauensschutz und Eigentümerinteresse beim gutgläubigen Mobiliarerwerb, AcP 1973. 186 ff.
Bauer, Publizitätsfunktion des Besitzes bei Fahrnisübereignung, Festschrift für Bosch, 1978, S. 1 ff.
Wacke, Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, Köln 1974
Giehl, Der gutgläubige Mobiliarerwerb
Dogmatik und Rechtswirklichkeit, AcP 161 (1962), 357
v. Lübtow, Hand wahre Hand, Festschrift zum 41. Deutschen Juristentag 1955, S. 119 ff.
Wadle, Die Übergabe auf Geheiß und der rechtsgeschäftliche Erwerb des Mobiliareigentums, JZ 1974, S. 689

eigenen Rechtsordnung gibt zu einer Überprüfung Anlaß; ein Blick auf neuere ausländische Gesetzesvorhaben und bereits abgeschlossene ausländische gesetzliche Regelungen aus jüngster Zeit ²⁾ macht deutlich, daß dem Problem des Gutglaubensschutzes bei beweglichen Sachen immer dort eine zentrale Bedeutung zugemessen wird, wo im Rahmen von Rechtsvereinheitlichung und Neuentwürfen auf dem Gebiete des Zivilrechts überkommene gesetzliche Regelungen neu überdacht werden müssen. Dabei werden oft die überkommenen Regelungen radikal in Frage gestellt. Dies sollte ein zusätzlicher Anreiz dazu sein, die Regelung der §§ 932 ff. BGB einer erneuten kritischen Prüfung zu unterziehen und aufzuzeigen, wo neue Ansätze bei der Auslegung gefunden werden müssen oder gar an welcher Stelle Modifizierungen der gesetzlichen Regelung vorzunehmen sind.

Vor einer rechtsvergleichenden Untersuchung und einer daraus resultierenden Aussage über die rechtspolitische Berechtigung der §§ 932 ff. BGB sollen kurz die bisher gefundenen Rechtfertigungsversuche angerissen und diesen die kritischen Ausführungen, die erst in den letzten Jahren vorgebracht wurden, gegenübergestellt werden.

1. Rechtfertigungsversuche zu §§ 932 ff. BGB

Lange Zeit wurde die vom BGB gefundene Lösung nahezu kritiklos akzeptiert, wenn man einmal von der Streitschrift Karl Bindings absieht, die dieser unmittelbar

2) vgl. "Projet de la loi uniforme sur la protection de l'acheteur de bonne foi d'objets mobiliers", Unidroit Annuaire 1960, S. 40, Unidroit Rom, Entwurf 1960; skandinavischer Neuentwurf vgl. Hessler RabelsZ. 32 (1968), S. 284, 294; Neuentwicklungen auch in den Vereinigten Staaten von Amerika (Uniform Commercial Code) und in den Niederlanden, vgl. S. 274

nach Schöpfung des BGB verfaßte ³⁾.

So begnügte sich etwa Martin Wolff in seinem Lehrbuch des Sachenrechts aus dem Jahre 1932 zur Begründung des gutgläubigen Erwerbs von nichtabhandengekommenen Sachen mit dem Hinweis, dem Schutz des gutgläubigen Erwerbers liege der Gedanke zugrunde, daß derjenige, der an das Eigentum des ihm besitzverschaffenden Veräußerers glaube, schutzwürdig sei ⁴⁾. Wolff klärt nicht, warum dieser gute Glaube nicht auch bei abhandengekommenen Sachen ausreiche oder warum der gute Glaube überhaupt schutzwürdiger als das Recht des Alteigentümers ist.

Für diesen Schutz des gutgläubigen Erwerbers muß eine Rechtfertigung gefunden werden, wenn die Lösung der §§ 932 ff. BGB nicht als mehr oder weniger willkürlich im Raume stehen bleiben soll. Daher ist die Diskussion um die Regelung der §§ 932 - 935 BGB nach längerer Ruhepause in den letzten zwanzig Jahren wieder lebendig geworden. Die neueren Rechtfertigungsversuche gehen vor allem von der Feststellung aus:

" Warum und wann hat das Erhaltungsinteresse des Eigentümers hinter dem Erwerbsinteresse des Gutgläubigen zurückzustehen? "

Diese Rechtfertigungsversuche stellen also im wesentlichen auf den Interessengegensatz zwischen Eigentümer und redlichen Dritten ab ⁵⁾. Dabei werden verschiedene Versuche gemacht, die Lösung des BGB, den gutgläubigen Erwerb nur an vom Eigentümer willentlich fortgegebenen Sachen zuzulassen, zu rechtfertigen.

3) Binding, Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer nach BGB § 932 und § 935 und ihre Reduktion auf das kleinstmögliche Maß, 1908

4) Wolff, Lehrbuch des Sachenrechts 1

5) Zweigert, RabelsZ 23 (1958), S. 1, 2

Müller-Erzbach ⁶⁾ sieht in der Möglichkeit der Gefahrenbeherrschung den wesentlichen Grund dafür, daß der Eigentümer jeweils in Ruhe die Vertrauenswürdigkeit dessen prüfen könne, dem er seine Sache überläßt. Der Erwerber dagegen könne die wahre Rechtslage ungleich schwerer erkennen und sei zudem an einem möglichst raschen Kaufabschluß interessiert. Dieses Interesse müsse auch berücksichtigt werden.

Brandt ⁷⁾ vertritt die Ansicht, der Eigentümer, der seine Sache willentlich aus der Hand gebe, handele mit Gefahr und müsse den Verlust des Eigentums durch gutgläubigen Erwerb Dritter tragen. Raape ⁸⁾ geht ebenfalls vom Risikogedanken aus und formuliert:

"Die Entscheidung über das Risiko hat die Entscheidung über das Eigentum zur Folge."

Wenn der Eigentümer seine Sache einem anderen anvertraue, so Raape, dann übernehme er damit ohne weiteres das Risiko für dessen Vertrauenswürdigkeit. Nach seiner Meinung ist es daher nur folgerichtig, daß sich dieses Risiko umwandelt in das Risiko bezüglich der Zahlungsfähigkeit dieses Vertrauensmannes, das er bei einem Rückgriff gem. § 816 BGB zu tragen hat. Raape nimmt hier den Gedanken der Kreditierung auf, den vor ihm schon Horst Müller ⁹⁾ vertreten hat und den auch Helga Günther in ihrer Dissertation eingehend behandelt ¹⁰⁾.

-
- 6) Müller-Erzbach, AcP 142 (1936) S. 5, 20; Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens (1948) S. 328
7) Brandt, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft (1940) S. 261 ff.
8) Raape, Zeitschrift für Rechtsvergleichung 1963, S. 7
9) Müller, ZakDR 1938, S. 502; derselbe, Festschrift für Lent, 0957, S. 187
10) Günther, Die rechtspolitischen Grundlagen des gutgläubigen Fahrnisserwerbs im deutschen, schweizerischen, französischen und österreichischen Recht, Diss. Freiburg 1937

Derjenige, der einem anderen Kredit gewährt, das heißt Vertrauen schenkt, soll auch das Risiko für diesen Kredit tragen. Raape meint, der Eigentümer sei in diesem Fall "näher daran", das Risiko zu tragen, als der Erwerber, der erst später in geschäftliche Beziehungen mit dem Vertrauensmann des Eigentümers trete und diesem ebenfalls Vertrauen entgegenbringe. Der Eigentümer als der erste Vertrauensgeber habe durch eigenes Zutun eine Lage geschaffen, die dazu beitrage, dem Erwerber Anlaß zu dieser Vermutung zu geben, daß der Vertrauensmann nicht nur Besitzer, sondern auch Eigentümer der Sache sei ¹¹⁾.

Westermann ¹²⁾ sieht im Veranlassungsprinzip die Kerngedanken der §§ 932, 935 BGB. Er ist der Auffassung, daß die gem. § 932 BGB zugrunde liegende Vermutung für das Eigentum des Veräußerers mit darin begründet ist, daß die §§ 932 ff. BGB die Übergabe als Verlautbarungstatbestand fordern. Dadurch ist, so Westermann, dafür gesorgt, daß der Veräußerer den Besitz verliert, der Erwerber ihn erwirbt und dadurch der Besitz vor und nach der Veräußerung auf den Eigentümer hinweist. Der Besitz des Nichtberechtigten schafft den Rechtsschein des Eigentums und, wo der Erwerber auf diesen Rechtsschein vertraut, kann das Interesse des Eigentümers zurückstehen. Der Eigentümer hat durch die willentliche Besitzfortgabe zuvor die täuschende Besitzlage des unberechtigt Verfügenden bewußt geschaffen ¹³⁾.

11) Raape, aaO., S. 8

12) Westermann, JuS 1963, S. 1,2

13) Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 5. Aufl. 1969, S. 222 ff.

2. Neuere Kritik zu §§ 932 ff. BGB

Neben diesen Stimmen, die die Regelung der §§ 932 ff. BGB im wesentlichen als gerechte Lösung hinnehmen ¹⁴⁾, sind in neuester Zeit kritische Stimmen laut geworden.

Hübner ¹⁵⁾ geht es vor allem darum, den Besitz als alleinigen Rechtsscheinstatbestand nicht mehr ausreichen zu lassen und nach zusätzlichen Kriterien zu suchen, die letztlich klarstellen sollen, ob dem wahren Eigentümer von der Gefahrenbeherrschung her die täuschende Besitzlage des rechtlos Verfügenden wirklich zugerechnet werden kann. Die §§ 932 ff. BGB lassen sich dabei seiner Ansicht nach sehr wohl seinen Zurechnungskriterien entsprechend interpretieren.

v. Lübtow ¹⁶⁾ kommt in seiner Schrift dagegen zu dem Ergebnis, daß letztlich allein die römisch-rechtliche Lösung - überhaupt kein gutgläubiger Erwerb und dafür ein gewisses Korrektiv in Form zeitlicher Begrenzung der Vindikation - aller Kritik standhalte.

Zweigert ¹⁷⁾ wendet sich gegen eine Rechtfertigung des Gutglaubensschutzes mit der Argumentation, die Interessen des Eigentümers müßten allein deshalb zurückstehen, weil der Eigentümer seine Sache einer nicht vertrauenswürdigen Person gegeben habe.

14) Westermann, aaO., S. 238 f. allerdings mit der Einschränkung, daß die Regelung der Weggabe einer Sache durch den Besitzdiener höchst unbillig ist.

15) Hübner, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht 1955, S. 56 ff.

16) v. Lübtow, Hand wahre Hand, Festschrift der juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag (1955) S. 119 ff.

17) Zweigert, RabelsZ 23 (1958) S. 2 ff.

Zweigert stellt sich gegen das Veranlassungsprinzip, wie es Westermann und Meyer ¹⁸⁾ vertreten. Er ist der Auffassung, die bloße Veranlassung ohne weitere Verschuldungs- und zumindest Zurechenbarkeitskriterien reichen als Grundlage für ein rechtliches Prinzip nicht aus ¹⁹⁾. Bei einer Interessenabwägung, die allein die Individualinteressen von Eigentümer und gutgläubigem Erwerber einbezieht, kann seiner Meinung eine Rechtfertigung für das Opfer des Eigentümers zugunsten des gutgläubigen Dritten nur dann gefunden werden, wenn dem Eigentümer entweder ein Verschulden gegen sich selbst oder aber die erkennbare Übernahme eines Risikos bzw. die widerspruchslose Hinnahme eines entstehenden Rechtsscheins nachzuweisen ist. Zur genauen Festlegung dieser Einzelkriterien läßt sich Zweigert vom anglo-amerikanischen Rechtssystem inspirieren. Anhand von Beispielen zeigt Zweigert auf, daß das System des BGB ein etwaiges Verschulden des Eigentümers wohl dann berücksichtigt, wenn der Eigentümer eine Sache einer nichtvertrauenswürdigen Person anvertraut. Dagegen sei nach der Regelung des BGB völlig unbeachtlich, daß der Eigentümer seine Sache schuldhaft verliert oder daß er einen Diebstahl erst durch Unachtsamkeit ermöglicht ²⁰⁾. Die Regelung des BGB nehme das Eigentum demjenigen, der eine Sache schuldlos dem nichtberechtigten Veräußerer anvertraut habe, und erhalte das Eigentum gleichzeitig dem grobfahrlässigen Verlierer. Dies sei ein unerträglicher Wertungswiderspruch, der nicht länger hingenommen werden könne. Zweigert kommt zu dem Ergebnis, daß alle Ver-

18) Meyer, Herbert, Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht in: Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des deutschen Reiches, Bd. 18, Heft 2, 1909

19) Zweigert, aaO., S. 12

20) ebenda

suche, den gutgläubigen Mobiliärerwerb aus der Abgrenzung zwischen Eigentümer- und Besitzerinteressen zu rechtfertigen, von vornherein zum Scheitern verurteilt sind ²¹⁾. Zweigert sieht den letztlich entscheidenden Rechtfertigungsgrund allein in der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, im Verkehrsinteresse und beruft sich dabei auf die Motive zum BGB ²²⁾.

Zweigert ist der Auffassung, daß im deutschen Recht bisher zu wenig Wert auf die Unterscheidung von Individual- und Umsatzbereich gelegt worden sei. Im Umsatzbereich, das heißt in dem Bereich, wo Waren beziehungsweise Mobilien in großem Umfang ausgetauscht würden, sei das Verkehrsinteresse der einzig brauchbare rechtspolitische Ansatzpunkt. Vor allem für den Umsatzbereich hält er die gegenwärtige Regelung des BGB für unbrauchbar.

Auch Rebe ²³⁾ hat sich in den Kreis der neuen Kritiker der §§ 932 ff. BGB eingereiht. Rebe hält vor allem die heutige Auslegung des § 935 Abs. 1 BGB für verfehlt. Er ist der Auffassung, wie mit ihm andere Kritiker der Regelung der §§ 932 ff. BGB, daß man heute nicht mehr davon ausgehen könne, daß Eigentum und Besitz im Normalfall zusammenfallen. In der heutigen arbeitsteiligen Wirtschaftsordnung sei es gerade nicht mehr die Regel, daß Deckungsgleichheit zwischen Sach- und Rechtsbesitz bestünde. Diese Erkenntnis führt Rebe zu neuen Ansätzen bei der Auslegung des § 935 BGB.

Nach heutiger Auslegung des § 935 Abs. 1 BGB wird eine Sache dann als "abhandengekommen" angesehen, wenn der Besitzer den unmittelbaren Besitz an ihr ohne

21) Zweigert, aaO., S. 13

22) Mugdan, Motive der 9. Kommission. Die gesammelten Materialien zum BGB, Bd. III (1899), S. 975

23) Rebe, AcP 173 (1973), 186 ff.

seinen Willen verloren hat. Diese Auslegung ist nach der Ansicht Rebes aber nur dann systemstimmig, wenn man von dem regelmäßigen Zusammenfallen von Eigentum und Besitz in der Hand einer Person ausgehen kann. Gerade dies sei heute jedoch nicht mehr der Fall ²⁴⁾. Diese zuerst vom Reichsgericht geprägte Auffassung, das "Abhandenkommen" sei als festumrissener Begriff des BGB anzusehen, an der bis heute ohne jede Diskussion festgehalten werden könne, muß seiner Ansicht nach aufgegeben werden und einer weniger starren Auslegung Platz machen. Für Rebe ²⁵⁾ ist das "Abhandenkommen" ein juristisch-technischer Begriff ohne normativen Prägewert, dessen Bedeutung allein in seiner Abgrenzungswirkung liegt.

Unter Berücksichtigung des jeweiligen Abgrenzungszwecks, also teleologisch, soll der jeweilige Inhalt des Begriffs "Abhandenkommen" ermittelt werden.

Insoweit tritt die Auffassung Rebes ergänzend zu den Denkansätzen, die von Zweigert und Hübner zu § 932 BGB gefunden wurden:

Geht es diesen Autoren darum, von der starren Verknüpfung von Besitz und Rechtsschein abzugehen und zu flexiblen Zurechnungskriterien zu gelangen, so fordert Rebe, man solle von der starren Definition des Abhandenkommens als Verlust des unmittelbaren Besitzes gegen den Willen des Besitzers abrücken und zu flexiblen Kriterien finden, die zu einer größeren Einzelfallgerechtigkeit führen.

24) RGZ 248, 253; BGHZ 4, 10, 33;
Soergel-Siebert-Mühl, 10. Aufl., § 935 Rn. 2

25) Rebe, aaO., S. 188

Noch in einem anderen Punkt ergänzt Rebe die neuere Kritik an § 932 ff. BGB. Während Zweigert bei seinen Ausführungen einseitig das Verkehrsinteresse als den einzig tragbaren Rechtfertigungsgrund, zumindest im Umsatzbereich, in den Vordergrund stellt, verweist Rebe auf § 935 BGB. Dieser Vorschrift sei zu entnehmen, daß die Regelung der §§ 932 ff. BGB in ihrer Gesamtheit nicht allein mit Erwägungen des Verkehrsinteresses gerechtfertigt werden könne.

Eine Differenzierung nach freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust, wie sie in den §§ 932 ff. BGB normiert wird, lasse sich so nicht begründen. Der Verkehrsschutzgedanke als einziger Tragpfeiler des Gutglaubensschutzes würde nämlich eine gänzliche Aufhebung der Differenzierung von freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust erfordern ²⁶⁾.

Auch Giehl ²⁷⁾ hat in jüngster Zeit scharfe Kritik an der Regelung der §§ 932 ff. BGB geübt. Für Giehl ist es unverständlich, daß man im Rahmen der §§ 932 ff. BGB unbesehen an den Besitzbegriff eine Rechtsscheinwirkung knüpft und sonstigen Tatbeständen eine Anscheinwirkung völlig abspricht. Für besonders bedenklich hält er dabei vor allem die uneingeschränkte Bejahung des Rechtsscheins auch im Falle des mittelbaren Besitzes. Der Besitz allein ist seiner Meinung nach nur dann als legitimierende Tatsache geeignet, wenn er dem Eigentum als dessen typischer Ausdrucksform zugeordnet werden kann. Das könne lediglich in dem engen und begrenzten Lebenskreis vergangener Epochen gelten, nicht aber in unserer heutigen pluralistischen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung, in der der Besitz

26) vgl. Rebe, aaO., S. 198

27) Giehl, ACP 161 (1962), S. 358

soziale und wirtschaftliche Aufgaben zu erfüllen habe, die vorher allein dem Eigentum zugefallen seien. Wie Zweigert und Hübner, so erkennt auch Giehl, daß heute praktisch jedermann gezwungen ist, Eigentum aus der Hand zu geben. Ferner habe das Anwachsen der Abzahlungsgeschäfte und der Sicherungsübereignung zu einer weiteren Erschütterung des Besitzes als Rechtsscheinsträger geführt. In der heutigen Rechtsprechung werde versucht, die verblaßte Rechtsscheinwirkung des Besitzes dadurch zu kompensieren, daß man an die Redlichkeit des Erwerbers höhere Anforderungen stelle. Das ist aber nach der Meinung Giehls nicht der richtige Weg ²⁸⁾. Die Frage nach dem guten Glauben stelle sich erst dann, wenn zuvor eindeutig das Vorliegen eines objektiven Rechtsscheintatbestandes festgestellt worden sei. Das Redlichkeitsmerkmal sei von subsidiärer Natur und dürfe nicht dazu dienen, Mängel am objektiven Rechtsscheintatbestand zu heilen.

Auch Giehl wendet sich gegen eine einseitige Hervorhebung des Verkehrsinteresses als Rechtfertigungsgrund zu §§ 932 ff. BGB und differenziert ähnlich wie Zweigert danach, ob es sich um ein Individual- oder Massengeschäft handelt. Die unterschiedliche Zielsetzung von Geschäften handelsrechtlicher und solcher bürgerlich-rechtlicher Natur fordert seiner Meinung nach eine differenzierende Berücksichtigung des Verkehrsinteresses. Nur dort, wo wirklich der einzelne Kauf gegenüber Massenkäufen in den Hintergrund trete und der Warenumsatz entscheidend sei, könne man allein nach Verkehrsschutzerwägungen verfahren ²⁹⁾. Wo dies nicht der Fall sei, müsse der Veranlassungsgedanke in modifizierter Form, d.h. unter Auflösung der starren, an

28) Giehl, aaO., S. 367

29) Giehl, aaO., S. 369

den Besitz geknüpften Rechtsschein und unter Hinzuziehen weiterer Zurechnungsmerkmale seine Gültigkeit behalten ³⁰⁾.

Wacke ³¹⁾ negiert die Brauchbarkeit des Besitzes als Rechtsscheinsträger dem Grunde nach nicht. Er fordert jedoch, daß dem Besitz auf Seiten des Erwerbers verstärkte Bedeutung zukommen müße. Im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen, einschliesslich des Code civil, arbeitet er zunächst die Berechtigung der Regelung des § 933 BGB heraus, der seiner Meinung nach den unmittelbaren Besitz auf Seiten des Erwerbers fordert. Allein der unmittelbare Besitz auf Seiten des Erwerbers sei dazu geeignet, den Erwerber "näher an die Sache heranrücken zu lassen als den Eigentümer" ³²⁾.

Diese Wertung zieht er auch zur Lösung des bekannten Wertungswiderspruchs zwischen den §§ 933 und 934 BGB heran, den vor ihm schon Gustav Boehmer ³³⁾ dargelegt hat und der im Rahmen der neueren Kritik der §§ 932 ff. BGB einen nach wie vor großen Stellenwert einnimmt.

30) ders., S. 373 ff.

31) Wacke, Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, S. 37 ff.

32) Wacke, aaO., S. 57

33) § 933 BGB kann leicht umgangen werden: der nichtberechtignte Besitzer braucht nur die Sache bei einem Dritten einzulagern und sie gem. § 934 I. Alt. an einen gutgläubigen Dritten veräußern, der sofort Eigentümer wird, was nach § 933 nicht möglich wäre; vgl. Boehmer, Grundlage der bürgerlichen Rechtsordnung, § 23, S. 28 ff. Während Wacke, aaO., S. 54, Medicus, § 22 IV 2 a eine Lösung über den gleichstufigen mittelbaren Nebenbesitz erzielen wollen und Boehmer, aaO., S. 40, § 933 nicht zur Anwendung gelangen lassen will, lehnt die Rechtsprechung die Möglichkeit gleichstufigen mittelbaren Nebenbesitzes grundsätzlich ab und kann den sich ergebenden Wertungswiderspruch nur unvollkommen im Rahmen der Gutgläubensprüfung korrigieren.

Marianne Bauer ³⁴⁾ spricht dagegen in Anlehnung an Giehl, Rebe und Hübner dem Besitz jegliche Kundmachungswirkung ab. Der unmittelbare Besitz beschränkt sich ihrer Auffassung nach darauf, daß er eine Sache als "nicht herrenlos" ausweise ³⁵⁾. Im Rahmen des gutgläubigen Erwerbs ist eine Anscheinswirkung ihrer Meinung nach allein im Verfügungsakt in der vollständigen Entäußerung des nichtberechtigten Verfügenden von jeder "Haben-Beziehung" zu sehen. Dies allein könne jedoch niemals ein ausreichender Anscheinstatbestand sein. Erforderlich sei stets das Vorliegen zusätzlicher Begleitumstände, die nach der objektiven Verkehrsanschauung dafür sprächen, daß der Verfügende der Eigentümer sei.

Schliesslich ist auf die nahezu einhellige Kritik in der Lehre an der Rechtsprechung des BGH bezüglich des Gutgläubenserwerbs unter Einschaltung von Geheißpersonen gem. § 932 I S. 1 und S. 2 BGB hinzuweisen. Es handelt sich hierbei um die Fälle einer Übertragung gem. § 929, S. 1 und S. 2, in denen beim Besitzwechsel Hilfspersonen eingeschaltet sind, die weder als Besitzdiener noch als Besitzmittler fungieren, "aber auf Geheiß" des Veräußerers oder des Erwerbers bei der Besitzübertragung mitwirken ³⁶⁾. Eine Hilfsperson kann dabei auf Seiten des Veräußerers ³⁷⁾ und auf Seiten des Erwerbers eingeschaltet werden.

34) Bauer, Festschrift für Bosch, S. 1

35) Bauer, aaO., S. 5

36) Ausführlich zu dieser Konstruktion Wadle, JZ 1974, S. 689

37) BGHZ 36, 56; NJW 1962, 299; JZ 1962, 165; MDR 1962, 165, BGH NJW 73, 141, 74, 1132

Der BGH ³⁸⁾ hat die bezüglich der Einschaltung von Geheißpersonen aufgestellten Grundsätze uneingeschränkt auf den Erwerb vom Nichtberechtigten übertragen und ist dabei soweit gegangen, daß er den gutgläubigen Erwerb gemäß § 932 BGB bejaht hat, wenn eine Geheißperson nicht tatsächlich auf Weisung des nichtberechtigt verfügenden Veräußerers handelte, sondern lediglich getäuscht wurde und nur vom subjektiven Empfängerhorizont von einem Weisungsverhältnis ausgegangen werden konnte.

Die Lehre steht überwiegend auf dem Standpunkt, daß bei einer solchen Fallgestaltung ein objektiver Rechtsscheinstatbestand nicht vorliege und ein Gutgläubenserwerb daher zu verneinen sei ³⁹⁾.

Zahlreiche Veröffentlichungen zum gutgläubigen Erwerb bei Einschaltung von Geheißpersonen haben in jüngster Zeit zusätzlich dazu beigetragen, die Diskussion über den Besitz als Rechtsscheinsträger neu zu beleben. Die in Rechtsprechung und Lehre einhellige Gleichstellung von Besitz und Besitzverschaffungsmacht auf Seiten des Veräußerers zeigt, auf welche Grenzen sich die Anknüpfung an den Besitz als Rechtsscheinsträger zubewegt.

38) BGH MDR 1969, 749; BB 1969, 812, BGH NJW 68, 1929, 1939

39) v. Caemmerer JZ 63, 567

Weitnauer NJW 74, 1733

Picker NJW 74, 1794

Bähr JuS 73, 319

Lopau JuS 75, 773

a. A. Wieling JZ 77, 291

Bauer, Festschrift für Bosch, S. 22, Fußnote 77

Faßt man demnach die neuere Kritik zu §§ 932 ff. BGB zusammen, so ergibt sich folgendes Bild: Der Besitz als Rechtsscheinsträger wird zunehmend in Zweifel gezogen. Es wird nach flexiblen Zurechnungskriterien gesucht, die sich zum Teil an die im englischen und amerikanischen Recht gefundenen Lösungen anlehnen.

Das gleiche gilt für das Veranlassungsprinzip. Erwägungen des Verkehrsinteresses rücken mehr und mehr in den Vordergrund. Wird auf der einen Seite der Besitz als Rechtsscheinsträger in Frage gestellt, so wird auf der anderen Seite versucht, den Begriff des Anhandenkommens von der starren, an den Besitz geknüpften Definition "unfreiwilliger Verlust des unmittelbaren Besitzes" loszulösen und zu einer flexibleren, praxisnäheren Auslegung zu kommen.

Ferner ist die Tendenz erkennbar, stärker danach zu differenzieren, ob ein Massen- bzw. Umsatzgeschäft oder ob ein Individualgeschäft zwischen zwei Privatpersonen abgeschlossen wurde.

III. Fragestellung

Aus der oben aufgezeigten neueren Kritik zu den §§ 932 ff. BGB ergeben sich diverse Ansatzpunkte für eine rechtsvergleichende Untersuchung dieser Vorschriften. Im einzelnen muß sich eine Überprüfung der rechtspolitischen Berechtigung der Vorschriften der §§ 932 ff. BGB auf folgende Fragen konzentrieren.

1. Welche neuen Ansatzpunkte ergeben sich aus der in den Vergleich einbezogenen Rechtsordnung bezüglich der Diskussion um den Besitz als Rechtsscheins-träger? Dies hat vor allem auch unter Berücksichtigung neuerer Tendenzen im deutschen Recht zu geschehen, die den Rechtsscheinsbegriff des BGB weiter ausdehnen wollen .¹⁾
2. Welche neuen Ansatzpunkte ergeben sich aus der in den Vergleich einbezogenen Rechtsordnung bezüglich der in den §§ 932 und 935 BGB vorgenommenen Differenzierung von freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust ? Welche Anhaltspunkte ergeben sich dabei insbesondere für die in der deutschen Lehre heftig umstrittene Problematik bezüglich der Weggabe einer Sache durch einen Besitzdiener ?²⁾
3. Welche Argumente lassen sich aus der zum Vergleich herangezogenen Rechtsordnung für eine stärkere Differenzierung von Umsatz- und Individualbereich ableiten, wie sie in der neueren Kritik zu den §§ 932 ff. BGB gefordert wird ?
4. Kann eine vergleichende Würdigung dazu beitragen, eine stärkere Berücksichtigung des Verkehrsschutzgedankens im deutschen Recht zu bejahen ?
5. Dem deutschen Recht ist das Institut eines Lösungsrechtes fremd. Ein Lösungsrecht ermöglicht dem Eigentümer, die Sache beim gutgläubigen Erwerber auszulösen. Wenn ihm ein Lösungsrecht gewährt wird, hat er stets die Möglichkeit, die Sachsubstanz zu er-

1) BGH NJW 1973, 141; JuS 1973, 319

2) RG 71, S. 251

OLG Bamberg NSW 49, S. 716 ff; Westermann, Sachenrecht, S. 237; Hübner, Rechtsverlust aaO., S. 107

halten. Da der Alteigentümer die Sache auslösen muß, wird das materielle Risiko für den gutgläubigen Erwerber durch Einführung eines Lösungsrechts nicht vergrößert. Andererseits ist auf diese Weise sichergestellt, daß der Alteigentümer stets dann seine Sache wiederbekommt, wenn er besonderen Wert gerade auf diese bestimmte Sache legt. Die Wiedereinführung des Lösungsrechts wird in der neuere deutschen Lehre nicht propagiert. Das französische Recht, das im Rahmen dieser Arbeit für eine vergleichende Wertung herangezogen wird, enthält ein solches Lösungsrecht. Es ist demnach zu prüfen, ob die Argumente stichhaltig sind, die den deutschen Gesetzgeber bewogen haben, ein Lösungsrecht nicht in die Gutglaubensregelung einzubeziehen.

6. Es ist zu untersuchen, ob die Regelung der §§ 935 und 937 BGB, die den Erwerb von gestohlenen und verlorenen Sachen bei gutem Glauben erst nach einem Zeitablauf von 10 Jahren ermöglichen, einer rechtsvergleichenden Prüfung standhalten können. Gerade der relativ lange Ersitzungszeitraum von 10 Jahren ist in der neueren Kritik zu den §§ 932 ff. BGB wiederholt angegriffen worden ¹⁾.

C. Methode

Zur Beantwortung der Ausgangsfrage soll im Rahmen dieser Arbeit rechtsvergleichend vorgegangen werden, wobei das französische Recht den Schwerpunkt bildet.

Im folgenden soll zunächst näher dargelegt werden,

1) Hübner, Rechtsverlust aaO., S. 128, 132

warum die nationale Rechtsordnung verlassen und die rechtsvergleichende Methode zur Anwendung gelangen soll. Zum anderen ist zu begründen, warum gerade ein Vergleich mit dem französischen Recht besonders geeignet ist.

I. Rechtsvergleichende Methode

Wenn zur Beantwortung der Frage nach der rechtspolitischen Berechtigung des gutgläubigen Mobiliarerwerbs eine andere Rechtsordnung herangezogen wird, so geschieht das deshalb, weil der Blick über eine nationale Rechtsordnung hinaus dazu geeignet ist, nationale Dogmen besser zu relativieren. Die ausländische Lösung soll als Kontrolle inländischer Regelungen herangezogen werden.

Die Rechtsvergleichung erschließt eine große Anzahl unterschiedlicher gesetzestechnischer Lösungsmöglichkeiten zu konkreten Rechtsfragen, die für die nationale Rechtsprechung, Lehre und nicht zuletzt für den Gesetzgeber Anregungen geben können ¹⁾. Die Kenntnis dritter Rechtsordnungen beziehungsweise speziell eines ausländischen Rechts führt dabei nicht nur zu einem besseren und umfassenderen Verständnis der eigenen Rechtssystematik, sondern kann auch Denkanstöße für die Auslegung der inländischen Normen geben ²⁾. Gerade auf dem Gebiet des Gutglaubensschutzes wird überall dort, wo Neuregelungen geschaffen werden, die gesamte Palette möglicher Lösungen ausgebreitet, um Klarheit darüber zu gewinnen, wo die rechtspolitisch beste Lösung zu suchen ist ³⁾. Dies alles spricht dafür, daß man sich

1) Zajtay, AcP 157 (1959), S. 427

2) Zweigert-Kötz I, S. 16

3) vgl. Sauveplanne, rapport comparatif, Annuaire Unidroit 1961 (1962), S. 43 ff.
Hessler, RabelsZ 32 (1968), S. 284, 294

gerade bei der Frage der Berechtigung des gutgläubigen Mobiliarerwerbs in seiner jetzigen Form von Gesetzestechniken und Dogmen der eigenen Rechtsordnung nach Möglichkeit lösen und Anregungen aufgreifen sollte.

1. Die funktionale Methode der Rechtsvergleichung

Es soll im Rahmen dieser Arbeit, soweit es möglich und geboten erscheint, der funktionalen Methode der Rechtsvergleichung gefolgt werden. Dazu bedarf es einer kurzen Begriffserklärung:

Der Begriff "funktionale" Methode der Rechtsvergleichung ist abzugrenzen von der "klassischen" Methode, die sich weitgehend in einem System- bzw. Institutionsvergleich erschöpft ⁴⁾. Die funktionale Methode versucht, sich weitgehend von Gesetzesbestimmungen und Rechtsinstituten zu lösen. Sie geht von konkreten Lebenssachverhalten und Interessen aus und will das "law in action" statt des "law in books" transparent machen ⁵⁾. Entscheidend sind die praktischen Ergebnisse, zu der die verglichenen Rechtsordnungen kommen, nicht die Rechtsquellen, aus denen sie hergeleitet werden ⁶⁾. Ob es sich dabei um im Gesetzestext festgeschriebene, durch die Gerichtspraxis oder durch Gewohnheitsrecht entwickelte Lösungsansätze, die zu diesen Ergebnissen führen, handelt, ist völlig gleichgültig. Entscheidende Aufgabe funktionalen Rechtsvergleichens ist, bestimmte Funktionsäquivalenzen herauszuarbeiten und zu prüfen, ob Funktionsäquivalenzen in den zu vergleichenden Rechtsordnungen vorliegen. Die Ausgangsfragen müssen dabei lauten:

"Wie wird ein konkreter Lebenssachverhalt in der Rechtspraxis zweier Länder gelöst ?"

"Wie befriedigt das betreffende Land die durch den Interessenkonflikt bedingten Bedürfnisse der Beteiligten ?" ⁷⁾

4) David, Les grands systèmes de droits contemporains, 5. Auflage (1973)

5) Ancel, aaO., S. 101, Neumayer, RabelsZ 34 (1970), S. 412, 423

6) Neumayer, RabelsZ 34 (1970), S. 411, 422

7) derselbe, S. 421

Die Prinzipien zweier zu vergleichender Rechtsordnungen können völlig verschieden sein. Trotzdem können sie auf unterschiedlichen Wegen ähnlichen sozialen Bedürfnissen dienen. Deshalb muß das konkret zu regelnde soziale Bedürfnis, anstatt eines Prinzips, einer Norm oder Rechtsregel Ausgangspunkt des Vergleichs sein ⁸⁾. Die Lösung, die eine Rechtsordnung zu einem Funktionskomplex gefunden hat, ist als Einheit zu würdigen und in die Vergleichung einzubeziehen. Dabei ist völlig gleichgültig, wie weit die einzelnen Schritte und Bestandteile dieses Funktionskomplexes in den nationalen Rechtsordnungen auseinanderliegen ⁹⁾. Der Prüfung, ob die in der Praxis erzielten Ergebnisse mit den Zielen und Absichten übereinstimmen, die der Gesetzgeber im einzelnen verfolgt, kommt eine zentrale Bedeutung zu ¹⁰⁾. Der funktionale Rechtsvergleicher ist stets gezwungen, von nationaler Dogmatik zu abstrahieren und unmittelbar auf die Rechtsbedürfnisse des täglichen Lebens zurückzugreifen. Er bedient sich mit der funktionalen Rechtsvergleichung eines "eigenen, neuen Systems, das an die Lebensbedürfnisse anknüpft und deshalb sach- und funktionsbezogen ist" ¹¹⁾.

8) Angel, aaO., S. 101: "On fixera alors de manière précise un cas humain qui se pose et on recherchera la solution dans un certain nombre de pays spécialement choisis ... On se préoccupe donc pas du départ du système ni même des institutions ou des règles."

und auf S. 103: "Il faut dépasser l'exclusivisme particulariste sans tomber dans un universalisme illusoire."

9) Zweigert-Kötz I S. 43

10) Dölle, Festschrift Deutscher Juristentag II (1960), S. 19, 22

11) Zweigert-Kötz I S. 42

vgl. auch Zweigert-Puttfarcken, Rechtsvergleichung, Darmstadt 1978 mit einer Aufsatzsammlung einer Vielzahl von Autoren.

Sollte, was häufig der Fall sein wird, eine Konvergenz der Lösungen festgestellt werden, so muß über die bloße Feststellung dieser Konvergenz hinaus genau auseinandergelegt werden, wo ihre Grenzen unter dem Gesichtspunkt der juristischen Technik liegen ¹²⁾. Die Rechtsvergleichung stößt vor allen Dingen dort an ihre Grenzen, wo der Rechtsvergleicher auf "Wertungsaporien" stößt ¹³⁾, die ihren Ursprung in der geschichtlichen Tradition, der zivilisatorischen Entwicklung etc. haben. Welche der Lösungen eigentlich besser oder schlechter ist, kann in diesem Fall vielleicht mit sozialen, ethischen und auch ökonomischen Argumenten beantwortet werden, nicht aber mit juristischen. In solchen Bereichen trägt die Rechtsvergleichung gerade wegen der grundverschiedenen Interessenbewertungen zur besseren Erkenntnis der verglichenen Rechte und zum Verständnis ihrer Eingebundenheit in vorgegebene soziale Wertvorstellungen bei. Die Frage nach der juristisch besseren Lösung verbietet sich jedoch.

Rechtsvergleichende Wertung auf der Suche nach besseren Lösungen ist überall dort möglich und sinnvoll, wo die verglichenen Rechtsordnungen nach tatsächlichen und sozialen Zielvorstellungen von gleichen Grundlagen ausgehen. Die bloße Verschiedenheit rechtlicher Lösungen ist kein Hindernis, auch wenn sie im tatsächlichen Ergebnis eine verschiedene Interessenbewertung bedeutet. Rechtsvergleichung ist jedoch dort unmöglich, wo grundsätzlich gegensätzliche soziale Grundentscheidungen Eingang in die Rechtswirklichkeit gefunden haben und dem Recht von vornherein andere Zwecke setzen. Der spezifische Stellenwert ausländischer Rechtsinstitute in deren eigener Umwelt muß daher sorgfältig geprüft werden ¹⁴⁾.

12) Ancel, aaO., S. 97; Zweigert-Kötz I S. 42

13) Zweigert, Die kritische Wertung in der Rechtsvergleichung, Festschrift für Schmitthoff, 1973, S. 403, 414

14) Großfeld, RabelsZ 39 (1975), S. 5 ff.

Wenn es sich jedoch - wie bei dem hier angeschnittenen Problemkreis - um klar abgegrenzte soziale Vorgänge handelt und die zivilisatorische Entwicklung in der verglichenen Rechtsordnung durchaus ähnlich ist, besteht wenig Gefahr, über die soeben aufgezeigten Grenzen der Rechtsvergleichung hinauszugehen.

2. Systemanalyse als Voraussetzung für die funktionale Rechtsvergleichung

Nur mit der funktionalen Methode ist der Rechtsvergleicher in der Lage, neue Erkenntnisse und Denkanstöße in bezug auf die Lösung sozialer Sachverhalte und daraus resultierender Rechtsfragen zu finden. Dagegen gelangt er mit der klassischen Methode, die sich primär an Gesetzen, Systembegriffen und Normen orientiert, selten über die bloße Kenntnis des verglichenen Rechts hinaus ¹⁵⁾.

Der Rechtsvergleicher kann jedoch nur dann sinnvoll funktional arbeiten, wenn er bereits über Kenntnisse, welche die Systematik des zu vergleichenden Rechts betreffen, verfügt. Deshalb wird auch in dieser Arbeit zunächst die Systematik der französischen Regelung dargestellt. Erst auf dieser Darstellung aufbauend kann die funktionale Rechtsvergleichung erfolgen.

II. Beweggründe für die Heranziehung der französischen Lösung

1. Der Code civil als grundlegende Kondifikation eines ganzen Rechtskreises

Für die Heranziehung des französischen Rechts spricht

15) Neumayer, RabelsZ 34 (1970), S. 41, 412

zunächst, daß der Code civil ein "Mutterrecht" darstellt, eine repräsentative Rechtsordnung, aus der diverse Tochterrechte in Europa, zum Beispiel das belgische, spanische und niederländische Recht, als auch in Übersee hervorgegangen sind. Es sind hier vor allen Dingen in Nordamerika der Bundesstaat Louisiana sowie die Provinz Quebec in Kanada zu nennen; ferner ist der gesamte lateinamerikanische Kontinent stark vom französischen Zivilrecht geprägt.

Das französische Recht stellt somit die typische Lösung für einen ganzen Rechtskreis dar. Vom Code civil abgeleitete Rechtsordnungen können immer dann mitberücksichtigt werden, wenn dies bei der rechtsvergleichenden Würdigung geboten erscheint. Das wird immer dann der Fall sein, wenn diese Rechtsordnungen die Gutglaubensregelung des C.c. zunächst kopieren, dann aber nach eigenen Lösungswegen gesucht haben, um die vorgegebene Lösung zu verbessern.

Ferner wird durch einen Vergleich mit dem französischen Recht und einer Einbeziehung des französischen Lösungsansatzes ein gewisses Gegengewicht zu den neuesten kritischen Ausführungen zu den §§ 932 ff. BGB geschaffen, die neue Denkansätze nahezu ausschließlich aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis beziehen. Das französische Recht, dem nach wie vor als repräsentative Rechtsordnung eine überragende Stellung zukommt, verdient angemessene Berücksichtigung, auch bei aktuellen rechtsvergleichenden Untersuchungen.

2. Ähnlicher geschichtlicher Hintergrund beider Lösungen

Das französische Recht bietet sich auch deshalb für eine

rechtsvergleichende Untersuchung des Gutgläubensschutzes an, weil die geschichtliche Entwicklung beider Rechte über lange Zeiträume hinweg parallel verlief. Die "coutume", das französische Gewohnheitsrecht, fußte auf germanischem Rechtsdenken. Bis zur Rezeption ähnelte sich die Rechtsauffassung in beiden Ländern stark. Danach erst setzte eine Auseinanderentwicklung ein. Die gemeinsamen Ursprünge sind jedoch so stark, daß einige Verfasser sogar so kühn sind, zu behaupten, die Regelungen des Code civil zum Gutgläubensschutz entsprächen einer früheren Stufe der Rechtsentwicklung als die Regelung des BGB¹⁶⁾. Diese Thesen zu durchleuchten, ist ebenfalls eine lohnende Aufgabe.

3. Besonderheit des besitzrechtlichen Lösungsansatzes

Wie schon aus der französischen Gesetzesterminologie in Art. 2279 C.c. sichtbar wird, kommt dem Besitz eine zentrale Bedeutung beim gutgläubigen Mobiliarerwerb zu. Der Besitz, beziehungsweise die "possession" stellt neben dem subjektiven Erfordernis des guten Glaubens das entscheidende Kriterium für das Gewähren des Gutgläubensschutzes dar.

Diese Anknüpfung an den Besitz, der auch die Regelung der §§ 932 ff. BGB kennzeichnet und dem anglo-amerikanischen Recht weitgehend fremd ist, darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß der Lösungsansatz in beiden Rechten grundverschieden ist und zu völlig anderen Ergebnissen führen kann. Dies zeigt sich vor allen Dingen in einem Fall, den die Cour de Cassation im Jahre 1972 zu entscheiden hatte und der im Rahmen dieser Arbeit noch näher zu behandeln sein wird¹⁷⁾. Die freiwillige Besitz-

16) Stillschweig, Der Schutz des redlichen Erwerbers bei der Übereignung beweglicher Sachen, Berlin 1929, S. 12

17) Urteil vom 5.10.1972 D. 1973, S. 1

aufgabe nach gutgläubigem Erwerb führte hier zum Verlust des Eigentums, eine Rechtsfolge, die das deutsche Recht nicht vorsieht und die von ihm nicht nachvollzogen werden kann.

Wird im deutschen Recht dem Besitz eine Vermutungsbeziehungsweise Rechtsscheinwirkung auf der Veräußererseite beigemessen und ist er nur in Ausnahmefällen auch auf der Erwerberseite von Bedeutung ¹⁸⁾, so ist im französischen Recht allein der Besitz auf Erwerberseite entscheidend.

Das französische Recht geht von einem besitzrechtlichen Lösungsansatz aus. Der Besitz auf Seiten des Erwerbers ist der bestimmende Faktor der gesamten Gutglaubenschutzregelung.

Obwohl beide Rechtsordnungen, wie soeben beschrieben, auf völlig unterschiedliche Art und Weise eine Verknüpfung an den Besitz vornehmen, ist davon auszugehen, daß beide Rechtsordnungen systemimmanente Probleme haben, die mit der starren Verknüpfung an bestimmte Besitzanfordernisse zusammenhängen. Gutglaubenschutzregelungen, die weniger stark an den Besitz anknüpfen und bei denen der Besitz als nur ein objektives Kriterium unter vielen anzusehen ist, haben diese Probleme nicht.

Gerade diese Problematik ist im Hinblick auf die Tendenz des deutschen Rechts, die vom Besitz als alleinigem Anscheinstatbestand abgehen will ¹⁹⁾, von größter Wichtigkeit:

Der Vergleich mit dem französischen Recht kann zeigen, ob eine starr an den Besitz geknüpfte Regelung grund-

18) vgl. §§ 933, 934 2. Alt. BGB

19) Zweigert, RabelsZ 23 (1958), S. 1, 2; Hübner aaO; Giehl; Rebe aaO; Marianne Bauer, Festschrift für Bosch, 1967, 1 - 25

sätzlich schlechtere Voraussetzungen mitbringt, um zu interessengerechten Lösungen zu kommen. Sollte dies nicht der Fall sein, dann müßte man zu dem Ergebnis kommen, daß der Besitz nach wie vor eine sinnvolle Alternative gegenüber der Einführung einer Vielzahl objektiver Kriterien darstellt, die ihn zwar ergänzen beziehungsweise ersetzen, die jedoch die Gefahr mit sich bringen, daß die Regelung insgesamt undurchsichtiger und weniger praktikabel wird.

Bei der Untersuchung der rechtspolitischen Berechtigung des gutgläubigen Mobiliarerwerbs deutschen Rechts kommt der Frage, welche Rolle der Besitz im einzelnen einnehmen kann und darf, eine zentrale Bedeutung zu. Eine Auseinandersetzung mit dem besitzrechtlichen Lösungsansatz des französischen Rechts kann somit zur Erhellung der Funktion des Besitzes auch im deutschen Gutglaubensschutz beitragen.

4. Normierung eines Lösungsrechts im Code civil

Das französische Recht kennt das Institut des Lösungsrechts, das dem Eigentümer die Möglichkeit einräumt, sein Eigentum gegen Erstattung des Kaufpreises auszulösen. Eine solche Regelung, die es bereits im preußischen allgemeinen Landrecht gab, wurde bewußt nicht in das BGB übernommen ²⁰⁾. Neuerdings hat v. Lübtow wieder die Einführung eines Lösungsrechts gefordert, um dem besonderen Affektionsinteresse des Eigentümers, dem im BGB weiter keine Bedeutung beigemessen worden ist, Rechnung zu tragen ²¹⁾.

Auch in den Entwürfen Dänemarks, Finnlands und Schwedens zu einem skandinavischen Gesetz über den Gutglaubens-

20) I 15 I 26 ALR

21) v. Lübtow, Festschrift zum 41. Deutschen Juristentag, Berlin 1955, S. 119, 226 ff.

schutz beim Erwerb beweglicher Sachen ²²⁾ ist im Falle besonderen Affektionsinteresses auf Seiten des Eigentümers ein Lösungsrecht vorgesehen; dasselbe gilt für das niederländische Nieuwe Burgerlijk Wetboek (N.B.W.) ²³⁾. Dies unterstreicht die besondere Aktualität des Lösungsrechts auch bei neuen Kodifikationen. Interessant ist vor allen Dingen, daß die Neuregelungen dem Verkehrsinteresse auf Seiten des Erwerbers in besonderem Maße Rechnung tragen und dennoch dem Affektionsinteresse auf Seiten des Eigentümers einen so hohen Stellenwert beimessen, daß sie ein Lösungsrecht in die Regelung aufnehmen.

Ein Vergleich mit dem französischen Recht bietet die Möglichkeit, das Institut des Lösungsrechts näher auf seine Brauchbarkeit im Rahmen einer modernen Gutglaubensregelung zu untersuchen.

D. Zusammenfassung der Fragestellung

Die im Rahmen dieser Arbeit näher zu untersuchenden Fragen können wie folgt zusammengefaßt werden:

-
- 22) Regeringsförslag om gemensamma regler om förvärv av lösöre i god tro, in: Nordiska Rådet, 15 e sessionen 1967 Helsingfors (Stockholm 1967) 1439 ff. Zur schwedischen Vorlage vgl. Statens offentliga utredningar 1965: 14 (SOU 1965: 14): Godtros förvärv av lösöre (Stockholm 1965) 219, 221; zur dänischen und finnischen Vorlage vgl. SOU 1965: 14, 218, 220; zum norwegischen Entwurf vgl. Nordiska Rådet, wie oben 1454 - 1465. Die Vorschläge Dänemarks, Finnlands und Schwedens stimmen im wesentlichen überein. Norwegen hat die Vorschläge nicht akzeptiert und ein eigenes Gesetz in Kraft gesetzt, vgl. Nordiska Rådet wie oben S. 1451, 1453, 1465 - 67
- 23) In Kraft getreten sind bis Ende 1981 die Bücher 1 (Personen- und Familienrecht) und 2 (Gesellschaftsrecht). Die Bücher 3 (Vermögensrecht im allgemeinen), 4 (Erbrecht), 5 (Sachenrecht) und 6 (Allgemeiner Teil des Schuldrechts) sind zwar fertig formuliert, aber bisher noch nicht in Kraft getreten. Buch 3, das den Gutglaubensschutz an beweglichen Sachen mitumfaßt, ist zu finden in: Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden 1980, Nr. 430 (Gesetz vom 9.5.1980); zum Gutglaubenserwerb vgl. Art. 3.4.2.3.a Abs. 2 und 3 N.B.W.

1. Ist das Festhalten am Besitz als alleinigem Rechtsscheinsträger brauchbar und möglich ?
2. Gibt es heute noch rechtspolitisch brauchbar Argumente, um an der überkommenen Unterscheidung zwischen "anvertraut" und "abhandengekommen" festzuhalten ?
3. Welche Argumente lassen sich für die Forderung nach einer stärkeren Differenzierung von Umsatz- und Individualbereich, wie sie für das deutsche Recht in der neueren Kritik gefordert wird, aus dem französischen Recht ableiten ?
4. Ergeben sich aus dem Code civil Argumente für eine stärkere Betonung des Verkehrsschutzgedankens ?
5. Ergeben sich Argumente für die Wiedereinführung eines Lösungsrechts ?
6. Ergeben sich Argumente für eine Verkürzung der Ersitzungszeit ?

F. Gang der Untersuchung

Im ersten Teil der Arbeit soll der Grundsatz "en fait de meubles la possession vaut titre", wie er in Artikel 2279 C.c. festgehalten ist, ausführlich erläutert werden. Hierzu ist es notwendig, zum besonderen Verständnis auch den geschichtlichen Hintergrund und die Entstehungsgeschichte der Regelung des Art. 2279 C.c. transparent zu machen. Ferner muß der besitzrechtliche Lösungsansatz besonders verdeutlicht werden, was anhand der soeben zitierten Entscheidung des Cour de Cassation aus dem Jahre 1972 geschehen soll ²⁴⁾.

24) vgl. Fußnote 17)

Danach soll die heutige Regelung in ihren Einzelheiten dargestellt werden, wobei sich die Schwerpunkte aus der heutigen Kritik zu den §§ 932 ff. BGB ergeben. Es ist auf die Problematik des Besitzes als Rechtsscheins-träger einzugehen.

Die überkommene Unterscheidung in anvertraute und ab-handengekommene Sachen ist kritisch zu prüfen. Es ist zu untersuchen, in welchem Maße das französische Recht nach Umsatz- und Individualgeschäften differenziert. Insbesondere ist auf das Merkmal des guten Glaubens ein-zugehen, das im französischen Recht gesetzlich nicht festgeschrieben ist und dessen einzelne Erfordernisse sich erst im Laufe der Zeit herausgebildet haben.

In zweiten Teil der Arbeit ist eine funktionale Würdi-gung der praktischen Ergebnisse vorzunehmen, die durch die Anwendung der Regel des Art. 2279 C.c. erzielt wer-den. Hierbei sollen die Unterscheide zum deutschen Recht die Akzente setzen. Dieser Teil soll auf die Fragestellung zurückführen.

Dabei muß immer die Frage nach der rechtspolitischen Berechtigung der §§ 932 ff. BGB im Hintergrund stehen. In diesem Teil ist, soweit erforderlich, auf aktuelle Lösungsansätze in dritten Rechtsordnungen, vor allem auf Neuentwürfe zum gutgläubigen Mobiliarerwerb ein-zugehen. Nur auf diese Weise können rechtspolitisch überholte Relikte sowohl des deutschen als auch des französischen Rechts erkannt werden.

Der Blick auf dritte Rechtsordnungen kann dazu bei-tragen, die Wertung zu objektivieren und zu verhin-dern, daß allein rechtshistorisch bedingte Ähnlich-keiten in den verglichenen Rechtsordnungen eine vor-schnelle Bestätigung erfahren.

Teil 1

A. Rechtsvergleichender Überblick über die verschiedenen Lösungsmöglichkeiten zum gutgläubigen Mobiliarerwerb

Anhand der bereits oben gezeigten Ausgangsfälle ¹⁾, in denen die Eigentumsfrage gelöst werden muß, soll in aller Kürze die gesamte Lösungspalette zum Gutgläubensschutz, wie sie sich dem Betrachter gegenüber darstellt, vorgestellt werden. Die einzelnen Lösungen sollen dabei in unterschiedliche Lösungstypen eingeordnet werden. Dies ist anhand der folgenden zwei Ausgangsfälle, die schon in der Einleitung behandelt wurden, unschwer möglich:

1. Der Eigentümer einer beweglichen Sache gibt diese einem Verwahrer bzw. Mieter oder Entleiher, dieser verwechselt oder unterschlägt sie und veräußert sie an einen gutgläubigen Dritten.
2. Ein Dieb stiehlt dem Eigentümer eine bewegliche Sache und veräußert sie an einen gutgläubigen Dritten.

Es können im wesentlichen drei Lösungstypen unterschieden werden.

I. Grundsatz der unbeschränkten rei vindicatio

Die erste Gruppe geht von dem Grundsatz der unbeschränkten rei vindicatio aus und gibt in beiden Ausgangsfällen dem Eigentümer das Recht, seine Sache vom dritten Erwerber herauszuverlangen. Dabei lehnen sich diese Lösungen weitgehend an das römische Recht an:

1) siehe oben Seite 1

Das römische Recht stellt den Schutz der Erwerberinteressen grundsätzlich nicht höher als den Schutz des Eigentümers. Eine rei vindicatio des Eigentümers war immer möglich, dem Leitsatz folgend:

"Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet". 2)

Der Erwerber konnte also grundsätzlich nicht mehr Rechte an der Sache erlangen als der Veräußerer, der ihm die Sache verkauft hatte. Ein gewisser Ausgleich zum Schutz des Erwerbers wurde über das Institut der "usucapio", der Ersitzung, geschaffen. Diese "usucapio" sah bei Mobilien eine weitaus kürzere Ersitzungszeit vor als bei Immobilien, nämlich nur ein Jahr im klassischen Recht und drei Jahre im Corpus Juris Justinians³⁾. Die relativ kurzen Ersitzungszeiten können bei flüchtiger Betrachtungsweise zu dem Schluß verleiten, dem Erwerberinteresse sei schon im römischen Recht ausreichend Rechnung getragen worden, da das Risiko, die erworbene Sache wieder herauszugeben, nur relativ kurze Zeit währte, wie aus der Ersitzungsregelung zu ersehen ist.

Die Regelung der "usucapio" im römischen Recht kann aber nur dann in ihrer vollen Tragweite erkannt werden, wenn man sich gleichzeitig die Ausnahmefälle vor Augen führt, in denen sie nicht galt. In den Fällen, in denen die Sache gestohlen worden war, in denen also ein "furtum" vorlag, konnte die verkürzte Ersitzungszeit der "usucapio" nicht eingreifen. Diese Regelung wäre durchaus verständlich und sogar in Anklängen mit der deutschen Regelung in § 935 BGB vergleichbar, wenn der

2) Ulpian D. 40, 17, 54

3) C. 7.31

Diebstahlsbegriff im römischen Recht dem Diebstahlsbegriff des BGB entspräche. Dies ist aber gerade nicht der Fall:

Der Begriff des "furtum" wurde als "contractatio fraudulosa", als betrügerische Besitzentziehung, definiert, mit der Folge, daß die Tatbestandsvoraussetzungen für einen "furtum" immer schon dann gegeben sind, wenn jemand unberechtigt über eine Sache verfügt, die ihm zur Verwahrung beziehungsweise Leihe übergeben worden ist. Bei jeder Art von Betrug und Unterschlagung blieb nach römischem Recht die rei vindicatio weiterhin möglich ⁴⁾.

Aus der Diebstahlsdefinition des römischen Rechts ergibt sich demnach, daß gerade die "klassischen" Fälle, die heute beim Problemkreis des Gutgläubensschutzes die größte Rolle spielen, nämlich der Erwerb einer Sache von jemandem, der diese Sache unterschlagen beziehungsweise den Eigentümer betrügerisch getäuscht hat, in der römischrechtlichen Lösung nicht berücksichtigt sind.

Dementsprechend selten konnte die verkürzte Ersitzungszeit bei Mobilien eingreifen, etwa dann, wenn der Erbe eines Verwahrers ohne Wissen vom Nichteigentum des Erblassers eine Sache veräußerte ⁵⁾.

Das römische Recht ging gerade nicht von der Abwägung aus, die heute oft zur Rechtfertigung des gutgläubigen Erwerbs vorgebracht wird, daß der Eigentümer sich diejenigen Personen, denen er eine Sache übergibt und anvertraut, aussuchen kann. Das römische Recht stellte genau umgekehrt darauf ab, daß der Erwerber einer Sache stets wissen muß, in welchem Maße er dem, der ihm die

4) vgl. Bufnoir, Propriété et contrat, Paris 1924, S. 346

5) vgl. dazu mit weiteren Beispielen Institutionen II b, §§ 4 ff.

Sache veräußert, glauben und trauen kann.

Damit wird sofort deutlich, daß sich das römische Recht noch nicht von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise leiten ließ, die die Schnelligkeit des Güterumlaufs und Reibungslosigkeit des An- und Verkaufs von beweglichen Sachen mit in die Wertung einbezieht ⁶⁾.

In den Kreis der Rechtsordnungen, die weitgehend an der Maxime "Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet" oder wie es die Romanisten des Mittelalters ausdrückten, "ubi rem invenio, ibi vindico", festhalten, fallen zunächst einmal das dänische und norwegische Recht ⁷⁾. In diesen beiden Staaten gilt nach wie vor der Grundsatz der unbeschränkten rei vindicatio beweglicher Sachen. Eine Ausnahme wird nur dort gemacht, wo das Umsatzinteresse ganz stark in den Vordergrund rückt, nämlich bei Wertpapieren, bei Geld und neuerdings auch bei Geschäften von Kommissionären ⁸⁾.

Allerdings wird der Grundsatz in der Rechtspraxis mehr und mehr durchbrochen, so daß es fraglich ist, ob noch von einer reinen Revindikationslösung gesprochen werden kann ⁹⁾.

Ferner halten auch die Rechtsordnungen Portugals und

6) Tournesac, aaO., S. 38; Baki, aaO., S. 182

7) Ankum, aaO., S. 228; Vinding-Kruse, Das Eigentumsrecht II, 1935

8) Eckhardt und Jessen, Fahrnisserwerb vom Nichtberechtigten: vgl. HWR III, 1931, S. 307 - 312; Ussing, Le transfert de la propriété en droit danois, Rev. int. de droit comparé 4, 1952, S. 1, 4; Hessler, RabelsZ 32, (1968), S. 284, 289

9) Vinding-Kruse, Das Eigentumsrecht II, 1935, S. 1659, 1584 ff.

der Staaten Südamerikas, mit Ausnahme Argentinien und Brasiliens, an der unbeschränkten Vindikation fest ¹⁰⁾.

Am deutlichsten wird die Anlehnung an die römisch-rechtliche Maxime der unbeschränkten Vindikation im spanischen Recht, wo in Art. 464 Código civil eine Regelung erfolgt ist, die auf den ersten Blick der französischen Lösung sehr ähnelt.

Der oberste spanische Gerichtshof ¹¹⁾ hat jedoch klargestellt, daß der aus dem französischen Recht übernommene Satz "possession vaut titre" als reiner Verjährungstitel ausgelegt werden müsse. Das bedeutet, daß wie bei der "usucapio" des justinianischen Rechts der Eigentümer unabhängig vom Kausalverhältnis die Sache mit Ablauf von drei Jahren ersitzt, das aber nur dann, wenn der Eigentümer weder bestohlen noch - dem "furtum" des römischen Rechts entsprechend- die Sache durch betrügerische Besitzentziehung in weitester Form verloren hat. Der Grundsatz der unbeschränkten Vindikation wird jedoch im spanischen Handelsgesetzblatt durchbrochen. Ein Gutgläubenserwerb bei Markt- und Messekauf sowie bei Erwerb von einem Kaufmann ist unter erleichterten Voraussetzungen möglich ¹²⁾.

10) Zum Gutgläubenserwerb in Argentinien ausführlich: De Vidal, Marina Mariani, Regimen jurídico de las cosas muebles, Buenos Aires 1973; zum Gutgläubenserwerb in Brasilien: Filho, Basilio Ribeiro, O principio "en fait ..." no direito brasileiro, Rev. jurisprud. Guanabara 12, 1973, Nr. 28, S. 1 - 14

11) Urteil vom 19. Juni 1945, Rev. gen. (Jur.) 11, 1945, S. 376

12) Art. 65, 324, 545, código comercial u. Art. 465 Abs. 4 Código civil; vgl. Santamaria, Comentarios al Código civil, Madrid, 1958, Art. 430 - 466, S. 492

II. Grundsatz des unbeschränkten Gutgläubenserwerbs

Die Rechtsordnungen, die grundsätzlich einen Gutgläubenserwerb bei beweglichen Sachen zulassen, ordnen in beiden oben aufgezeigten Ausgangsfällen dem gutgläubigen Erwerber das Eigentum zu. Es sind dies das schwedische und das italienische Recht.

Nach Art. 1153 - 1157 des neuen italienischen Codice civile von 1942 ist der Gutgläubenserwerb grundsätzlich möglich, wobei es gleichgültig ist, ob der Eigentümer den Besitz freiwillig oder unfreiwillig aufgegeben hat. Damit gibt das italienische Recht einen Grundgedanken auf, der die Gutgläubensschutzregelungen des kontinental-europäischen Rechts entscheidend geprägt hat, nämlich die Differenzierung von freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust.

Ebenso wie das italienische Recht verfährt auch das schwedische Recht in Ch. 11:4 und 12:4 des schwedischen Handelsgesetzbuchs ¹³⁾. Diese Regelung des schwedischen Rechts wurde von der Rechtsprechung schon im 19. Jahrhundert entwickelt. Allerdings trifft sie den Alteigentümer nicht so hart, wie die Regelung des italienischen Rechts, weil der Eigentümer in den Fällen, in denen er sich auf sein besonderes Affektionsinteresse an der Sache stützt, die Zurückgabe der Sache gegen Erstattung des Tauschwertes verlangen kann.

13) Sauveplanne, RabelsZ 29 (1965) S. 651, 660;
Hessler, RabelsZ 32 (1968) S. 284, 285
Schwedischer Oberster Gerichtshof, 4. März 1953,
SvJ 39, 1954, S. 7 "Rättsfall".

III. Mittellösungen

Der größte Teil unserer modernen Rechtsordnungen versucht, einen intereseegemäßen Ausgleich zwischen einer unbeschränkten Vindikationslösung und einer Lösung zu finden, die uneingeschränkt einen gutgläubigen Erwerb ermöglicht. Dabei gehen das kontinental-europäische und das anglo-amerikanische Recht völlig verschiedene Wege.

1. Europäischer Rechtskreis mit Ausnahme Englands

Hier ist die starre Abgrenzung vorherrschend, die allein darauf abstellt, ob der Besitzverlust auf Seiten des Eigentümers freiwillig oder unfreiwillig erfolgt. Bezogen auf die oben beschriebenen Ausgangsfälle bedeutet dies, daß ein Gutgläubenserwerb im ersten Ausgangsfall grundsätzlich möglich ist, nicht jedoch bei der zweiten Fallgestaltung. Auf diesen allerdings sehr grob gezeichneten Nenner lassen sich somit die Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises, aber auch die Rechtsordnungen des romanischen Rechtskreises, bringen, die vom französischen Code civil abgeleitet sind und den Gutgläubensschutz bei beweglichen Sachen mit einer modernen Interpretation des Satzes "en fait de meubles la possession vaut titre" regeln.

So lösen die §§ 367 ff. ABGB, Art. 933 ff. ZGB, Art. 1036, 1038 griechisches ZGB vom 1946, § 154 I tschechoslowakisches BGB von 1950 den Konflikt in der soeben beschriebenen Weise.

Da die Lösung des Art. 2279 C.c. im Rahmen dieser Arbeit einer ausführlichen Würdigung unterzogen wird,

kann die nähere Erörterung dieses Lösungsansatzes an dieser Stelle zunächst unterbleiben.

2. Anglo-amerikanischer Rechtskreis

Im Gegensatz zum kontinental-europäischen Rechtskreis versucht das anglo-amerikanische Recht flexible Abgrenzungskriterien für die Lösung der Frage zu finden, in welchem der oben aufgezeigten Ausgangsfälle dem Alteigentümer die Vindikation gestattet bzw. versagt werden soll. Auf diesen Lösungsansatz ist näher einzugehen, da er oft interessante Alternativen zu den in Frankreich und Deutschland gefundenen Mittellösungen bietet.

Das englische und amerikanische Recht steht in seiner Dogmatik noch auf dem Boden der römisch-rechtlichen Maxime "nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet". Dies wird vor allem aus der Maxime des englischen Rechts:

"No one can transfer a better title than he possesses himself" 14)

sowie dem amerikanischen Rechtssatz:

"Title like a stream cannot rise higher than it's source" 15)

deutlich.

Trotzdem wäre es verfehlt anzunehmen, das anglo-amerikanische Recht stünde noch wie die oben beschriebenen

14) Willers, J., in Whistler v. Forster (1863), 32, L.J.C.P. 161, 164; 143 E.R. 411, 445
15) Handley Motor Co. v. Wood, 237 N.C. 318, 75 S.E. (2nd) 312, 316, (1953)

Rechtsordnungen weitgehend auf dem Grundsatz der unbeschränkten Revindikation. Dazu ist das Maß der Ausnahmen, die von diesen Grundregeln gemacht werden, zu groß. Auch im anglo-amerikanischen Recht haben wir Mittellösungen vor uns, die eine ausgewogene Berücksichtigung der beteiligten Interessen anstreben. Allerdings fällt es jedem, der dem systematischen Denken kontinental-europäischer Kodifikation verhaftet ist, schwer, die tragenden Prinzipien herauszufinden, nach denen das englische und amerikanische Recht eine Differenzierung vornehmen. Eine Parallele besteht insofern, als ein gutgläubiger Erwerb bei gestohlenen und verlorenen Sachen sowohl im englischen als auch im amerikanischen Recht nicht möglich ist. Trotzdem fehlt es im gesamten anglo-amerikanischen Rechtskreis an der nahezu alle kontinental-europäischen Rechtsordnungen durchziehenden Grundregel, den freiwilligen beziehungsweise unfreiwilligen Besitzverlust zu einem Hauptkriterium für den Gutglaubensschutz zu machen.

a) England

Die Grundprinzipien des englischen Rechts, die in dem Sale of Goods Act von 1893, kürzlich ersetzt durch den Sale of Goods Act von 1979, section 21 - 25 und in der Factors Act von 1888, section 2 niedergelegt sind, lassen sich dabei wie folgt zusammenfassen:

- ein Gutglaubenserwerb von Geld und Wertpapieren ist stets möglich ¹⁶⁾;
- ein Zugeständnis an den erhöhten Verkehrsschutz im Handelsverkehr wird dadurch gemacht, daß der gutgläubige Erwerb von einem Handelsagenten oder

16) Cundy v. Lindsay (1878) 3, A.C. 459. Der neue Sale of Goods Act von 1979, vgl. Current Law Statutes 1979 chapter 54, hat die hier interessierenden Vorschriften der Regelung von 1893 inhaltlich nicht verändert.

Kommissionär immer dann möglich ist, wenn diese die Sachen mit Zustimmung des Eigentümers in Besitz haben (section 2 der Factors Act);

- der Verkäufer, der im Besitz der Sache ist, bzw. im Besitz von Papieren, die die Sachherrschaft dokumentieren und der diese Sache bereits übereignet hat, kann diese Sache wirksam an einen zweiten gutgläubigen Käufer veräußern (section 25 der Sale of Goods Act);
- umgekehrt kann der Käufer, der schon Besitz an der Sache, jedoch noch kein Eigentum hat, also der Vorbehaltskäufer, eine Sache wirksam an einen gutgläubigen Erwerber weiterveräußern (section 25 2 der Sale of Goods Act);
- wer mittels "voidable title", d.h. wer gutgläubig von einem Veräußerer mit anfechtbarem Titel erworben hat, kann die Sache unanfechtbar an einen gutgläubigen Erwerber veräußern (section 23 der Sale of Goods Act);
- wer auf offenem Markt, "open market", erwirbt, kann bei Gutgläubigkeit immer vom Nichtberechtigten erwerben (section 22 der Sale of Goods Act); dabei gilt jeder Laden der City of London als "open market" ¹⁷⁾;
- bei gestohlenen Sachen ist die Vindikation grundsätzlich immer dann möglich, wenn der Dieb strafrechtlich verurteilt worden ist (section 24 der Sale of Goods Act).

Ausnahmen vom Grundsatz der unbeschränkten Vindikationslösung werden demnach immer gemacht, wenn sich der Er-

17) Hier handelt es sich um den klassischen Fall eines Marktkaufprivilegs zur Förderung des Handels auf Marktplätzen; erstmalig entschieden im sog. "market overt case" bzw. Bishop of Worcester's case, 1594, 5 Coke Rep. 83 b; Moore K.B. 360

werber aufgrund der besonderen Kaufumstände darauf verlassen konnte, mit dem Eigentümer kontrahiert zu haben. Die besonderen Umstände können dabei personen- oder sach- bzw. umgebungsbezogen sein.

Über diese in den Factors Act und in der Sale of Goods Act festgelegten Ausnahmen hinaus ist dem Alteigentümer immer dann die Geltendmachung der Vindikation versagt, wenn die "estoppel" - Regelung eingreift. In diesem Fall ist der Alteigentümer daran gehindert, er ist "stopped", sein Recht im Prozeß geltend zu machen. Die "estoppel" Regelung kommt immer dann zur Anwendung, wenn der Alteigentümer gegenüber dem Erwerber in einer Weise gehandelt hat bzw. aufgetreten ist, die diesem zu der Vermutung Anlaß geben mußte, der Veräußerer habe das Recht gehabt, die Sache zu veräußern¹⁸⁾. Immer wenn der Erwerber von einer "authority to sell" auf Seiten des Veräußerers ausgehen konnte und der Eigentümer selbst durch sein Verhalten zurechenbar Anlaß zu dieser Annahme gegeben hat, ist ein gutgläubiger Erwerb möglich¹⁹⁾. Anders als bei den kontinental-europäischen Lösungen reicht die bloße freiwillige Besitzüberlassung jedoch nie aus, um die "estoppel" - Regelung auszulösen und den Gutgläubenserwerb zu ermöglichen²⁰⁾. Nur wenn der Eigentümer unabhängig von der eigentlichen Besitzüberlassung durch sein Verhalten zusätzlich Anlaß zu der Annahme gegeben hat, der Veräußerer sei zum Verkauf der Sache befugt, greift die "estoppel" Regelung ein²¹⁾.

18) hierzu ausführlich Omar, Estoppel and ostensible authority in english and french law, Diss. Cambridge 1964; estoppel abgeleitet vom französischen "estopper"

19) vgl. S. 21 Sale of Goods Acts, die eine Generalklausel für die Anwendung des "estoppel"-Gedankens darstellt. "... unless the owner is by his conduct precluded from denying the seller's authority to sell".

20) Central Newbury Car Auctions Ltd. v. Unity Finance Ltd (1967) 1 Q.B. 371, Anm. von W.H. Goodhardt in L. Quart. Rev. 73 (1957) 309

21) Farquason v. Kind, (1902), A.C. 325, 342

Diese vom Besitz weitgehend losgelöste Differenzierung führt dazu, daß der Besitz allein nicht Ausschlag für den Anschein der Verfügungsbefugnis gibt. Das englische Recht spricht hier von der "appearance of authority". Umgekehrt kann ein Verhalten auf Seiten des Veräußerers vorliegen, das den Anschein der Verfügungsbefugnis erweckt, ohne daß dem Erwerber vom Veräußerer der Besitz an der Sache überlassen wurde ²²⁾.

b) USA

Das Recht der Vereinigten Staaten zum Gutgläubenserwerb ist stark vom englischen Recht geprägt. Es sind aber auch neue Ansätze und Weiterentwicklungen sichtbar. Zunächst war die Rechtslage von einer deutlichen Ablehnung des gutgläubigen Erwerbs gekennzeichnet. Der Grundsatz des "caveat emptor" bestimmte ganz entscheidend auch die Position des Erwerbers beim Kauf beweglicher Sachen ²³⁾.

Die "market overt" Regel wurde nie ins amerikanische Recht übernommen. In Amerika wollte man bewußt das Relikt des Marktprivilegs nicht übernehmen.

Dagegen wurde das Prinzip des "estoppel" zum Hauptträger des Gutgläubensschutzes weiterentwickelt. Hierbei sind folgende Grundsätze erkennbar:

-
- 22) vgl. dazu Eastern Distributors Ltd. v. Goldring, 1957, 2 All. E.R. 525 ff., 531: "...other ways besides possession of goods in which a man can be clothed with apparent ownership. The common law is, as it has always been, wide enough to govern this".
- 23) vgl. Pfetsch, Die Ausweitung des Gutgläubensschutzes beim Kauf beweglicher Sachen im amerikanischen Recht durch den Uniform Commercial Code, 1973, S. 29 Claybrooke W. and G. v. Farmers Coop. W. and G. Co., 71 So. 2d 88, 90 (Ala. 1954)
- Es sollen hier nur die Grundzüge der amerikanischen Regelung unter Vernachlässigung der Differenzierung in den Einzelstaaten behandelt werden.

Im Gegensatz zum Common Law wird im amerikanischen Recht "estoppel" nicht lediglich als Beweisregel (rule of evidence) sondern als Regel des materiellen Rechts aufgefaßt ²⁴⁾. Voraussetzung für ein "estoppel" des Eigentümers ist demnach zunächst die vom Eigentümer veranlaßte Begründung eines Rechtsscheins in einem Anderen, auf Grund dessen dieser als Eigentümer erscheint (apparent owner oder ostensible owner). Auf Seiten des Erwerbers ist erforderlich, daß er im Vertrauen auf den vom Eigentümer gesetzten Rechtsschein gehandelt und seine Vermögensposition verschlechtert hat (change of position) ²⁵⁾. Der unentgeltliche Erwerb wird demnach nicht geschützt. Das estoppel-begründende Verhalten des Eigentümers kann sowohl in einem Unterlassen wie in einem aktiven Tun bestehen.

Wie im englischen Recht reicht die Besitzüberlassung allein niemals aus, um die "estoppel" Regelung auszulösen. In jedem Fall müssen die besonderen Umstände, "circumstances", gewürdigt werden. Stets muß untersucht werden, ob der Alteigentümer bestimmte Eigentumsindizien, "indicia of ownership" beziehungsweise "indicia of title", gesetzt und dem nichtberechtigten Verfügenden den Anschein verliehen hat, die Verfügungsmacht zu besitzen, die "appearance of authority" ²⁶⁾.

-
- 24) *Suske v. Straka*, 39 N.W. 2d 745, 750 (1949); *Associates Discount Corp. v. Hardesty*, 122 F. 2d 18, 19 (D.C. App. 1941); *Pacific Finance Corp. v. Hendley*, 7 P. 2d 391, 395 (Cal. App. 1932): "... the practical effect (con estoppel) is, from motives of fair dealing, to create, and vest opposing rights in the party who obtains the benefit of the estoppel."
- 25) *Hawkins v. M. and J. Finance Corp.*, 42 N.W. 2d 54, 58 (Minn. 1950)
- 26) *Heaston v. Martinez*, 282 P. 2d 833, 837 - 838 (Utah 1955); *Drain v. La Grange State Bank*, 135, N.E. 780, 782 (Ill. 1922); *Avis Rent-A-Car System v. Woelfel*, 393 P. 2d 551, 552 (Colo. 1964)

So greift die "estoppel" Regelung zum Beispiel dann ein, wenn der nichtberechtigt Verfügende zusätzlich zum Besitz einen Verkaufsnachweis oder eine quittierte Rechnung besaß ²⁷⁾. Besonderheiten gelten, je nach Bundesstaat, beim Kauf von Kraftfahrzeugen. "Indicia of title" sind auf Seiten des nichtberechtigt Verfügenden nur dann zu bejahen, wenn er die auf seinen Namen laufenden Kraftfahrzeugpapiere entsprechend den jeweiligen Landesvorschriften in Händen hält ²⁸⁾. In einem extremen Fall wurde das Vorliegen eines "indicium of title" bejaht, in dem der Eigentümer dem Mieter eines Lieferwagens gestattet hatte, den Namen des Mieters auf die Außenwände des Lieferwagens anzubringen und der Wagen später nichtberechtigt von dem Mieter veräußert wurde ²⁹⁾.

Eine Privilegierung des Erwerbs von einem Kaufmann gab es in den Vereinigten Staaten zunächst nicht. So wurde der Erwerb von einem Handelagenten beziehungsweise Kommissionär nicht anders behandelt als die übrigen Fälle des Gutgläubenserwerbs. Nach der Jahrhundertwende setzte sich jedoch in der Rechtsprechung die Tendenz durch, an den gutgläubigen Eigentumserwerb von einem Kaufmann besondere Maßstäbe anzulegen. Anstelle im Rahmen der "estoppel" Regelung wie sonst üblich als rechtsscheinsbegründende Tatsache neben dem Besitz noch weitere Berechtigungshinweise zu verlangen, ging die Rechtsprechung beim Kauf von einem Kaufmann dazu über, den gut-

-
- 27) Wolfe v. Smith, 55 S.E.2d 675, 676 (GA. App. 1949); J.L. McClure Motor Co. v. McClain, 42 So.2d 266, 267 - 268 (Ala-App. 1949); Young v. Code, 216 P. 429, 430 - 432 (Okla. 1923); Crescent Chevrolet Co. v. Lewis, 300 N.W. 260, 261 - 262 (Iowa 1941)
- 28) Washington Lumber and Millwork Co. v. McGuire, 1 P. 2d 437, 438 (Cal. 1931); Osborn v. Richardson-Lovelock, Inc., 378 P. 2d 521, 524 (Nev. 1963)
- 29) O' Connor's Adm. x v. Clark Pa. St. 318, 32 Atl. 1029 (1895)

gläubigen Erwerber auch dann zu schützen, wenn der ein-
zige rechtsscheinbegründende Tatbestand der Besitz des
Händlers war ³⁰⁾.

Die Rechtsprechung hat ihren Niederschlag im Uniform
Commercial Code von 1954 gefunden. Hierbei handelt es
sich um ein Modellgesetz für den Handelsverkehr in den
Vereinigten Staaten, das mit nur geringfügigen Abwei-
chungen zwischenzeitlich in allen 49 Common Law Glied-
staaten ratifiziert worden ist ³¹⁾.

§ 2-403 (2) des UCC bestimmt:

"Any entrusting of possession to a merchant who
deals in goods of that kind gives him the power
to transfer all rights of the entruster to a
buyer in ordinary course of business".

Die bloße freiwillige Besitzaufgabe reicht nach dieser
Bestimmung somit aus, um einen gutgläubigen Erwerb zu
ermöglichen. Dies gilt allerdings nur dann, wenn der
Alteigentümer die Sache selbst in den Umsatzbereich
fortgegeben hat.

30) Leading case: Carter v. Rowley 211 P. 267 (Cal. App.
1922); Harrison v. Auto Securities Co., 257 P. 677,
679 (Utah 1927); Heaston v. Martinez, 282, P. 2d 833,
835 (Utah 1955); Mahar v. White 142 P. 2d 260, 261 -
262 (Okla. 1942)

31) Ferner gilt der UCC im District of Columbia und auf
den Virgin Islands. In Louisiana, dessen Zivilrecht
dem C.c. entlehnt ist, ist das Kaufrecht (Art. 2) des
UCC nicht übernommen worden. Im Jahre 1979 ist jedoch
das Recht des gutgläubigen Mobiliärerwerbs in Louisi-
ana neu geregelt worden, vgl. West's Louisiana Statu-
tes Annotated Civil Code, Bd. 3 (St. Paul / Minn. 1980
und Suppl. 1981) Art. 520 - 525, wobei das Inkrafttre-
ten des Art. 520, der den gutgläubigen Erwerb bei ver-
untreuten und unterschlagenen Sachen regelt, bisher
aufgeschoben worden ist.

Der UCC stellt somit einen weiteren Schritt des Rechts der Vereinigten Staaten von Amerika dar, sich im Handelsverkehr von ausschließlich einzelfallbestimmten, flexiblen Zurechnungskriterien abzuwenden. Hierbei kommt dem Besitz auf Seiten des Veräußerers stärkere Bedeutung zu ³²⁾. Allerdings geht auch nach dem UCC der Gutgläubensschutz nicht soweit, den gutgläubigen Erwerber von einem Privatmann zu schützen, wenn dieser die Sache lediglich gemietet oder entliehen hat ³³⁾. Der Gutgläubenschutz geht in §§ 932 ff. BGB somit weiter als der des amerikanischen Rechts, hieran hat auch der UCC nichts geändert.

3. Ostblockrecht

Die Rechtsordnungen des Ostblocks nehmen eine Sonderstellung ein. Statt eines einheitlichen Eigentumsbegriffs ist für die Rechtsordnungen in den sozialistischen Staaten eine Stufung verschieden qualifizierter Eigentumsformen typisch, die an den jeweiligen Stellenwert der Mobilien in der sozialistischen Rechts- und Wirtschaftsordnung geknüpft ist ³⁴⁾.

Das staatliche sozialistische Eigentum ist unantastbar und als "non res" dem Verkehr entzogen. Durch Aberkennung des Status staatlichen beziehungsweise sozialistischen Eigentums kann es aber wieder verkehrsfähig werden. Statt einer Stufung des Eigentumsbegriffs wird in manchen Rechtsordnungen auch mit dem elastischen Begriff des

32) So auch beim "cash sale", § 2-403 (1) S. 3 (b) UCC, d.h. in dem Fall, in dem der Veräußerer sich auf Grund eines Bargeschäftes in den Besitz einer Sache gebracht hat, oder gem. § 2-403 dann, wenn der Veräußerer auf Grund von Zahlung mit einem ungedeckten Scheck in den Besitz der Sache gelangt ist.

33) vgl. Pfetsch, aaO., S. 171

34) vgl. Drobnig, RabelsZ 18 (1953), S. 692 ff.; Petev, Sozialistisches Eigentum, 1975, S. 103. Zur Frage, inwieweit eine Lösung zum Gutgläubensschutz von der jeweiligen Gesellschaftsordnung abhängt, Zweigert, RabelsZ 23 (1958), S. 1 ff.

öffentlichen Interesse gearbeitet ³⁵⁾.

Ein Zugeständnis an das Erwerbs- beziehungsweise Verkehrsinteresse wird jedoch ungeachtet der Eigentumsform dann gemacht, wenn Waren von einem staatlichen Verteiler beziehungsweise volkseigenen Geschäft oder auch privatem Geschäft des Einzelhandels erworben werden. Diese Regelung läßt sich nicht allein aus Erwägungen der allgemeinen Rechtssicherheit herleiten, sondern entscheidend ist die dem Einzelhandel in sozialistischen Ländern zugedachte Funktion, eine Versorgungs- (Dienstleistungs-) einrichtung für die Bevölkerung zu sein ³⁶⁾.

Der Erwerb von Geld und Inhaberpapieren ist durchgehend privilegiert. Dagegen ist die Regelung bei gestohlenen und verlorenen Sachen uneinheitlich. Dasselbe gilt für die Frage, ob nur der entgeltliche oder auch der unentgeltliche Erwerb zu schützen sei.

Einige interessante Aspekte zum gutgläubigen Mobiliarerwerb finden sich ebenfalls im neuen Zivilgesetzbuch der DDR aus dem Jahre 1975, das die bis dahin gültige Regelung der §§ 933 f. BGB ablöst ³⁷⁾.

Vor dem Hintergrund der neueren Kritik am Abstraktionsprinzip ³⁸⁾ ist zunächst § 25 ZGB zu erwähnen. in dem festgeschrieben wird, daß Eigentum "durch Kauf" erworben wird und die gesetzliche Trennung von kausaler Verpflichtung und abstrakter Verfügung damit wegfällt.

35) Giehl, AcP 161 (1962), S. 357, 369; § 154 (2) des tschechoslowakischen ZGB; Der Begriff des öffentlichen Interesses wird neuerdings auch in die Diskussion um die Rechtfertigung der §§ 932 ff. BGB eingebracht; vgl. v. Lübtow, aaO., S. 231

36) Nathan, NJW 1957, S. 754; Petev, aaO., S. 104

37) Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik mit Einführungsgesetz, beide vom 19.6.1975 (BGl. I Nr. 27, S. 465 sowie 517)

38) Wacke, Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, S. 39

§ 27 S. 2 ZGB bestimmt:

"An unrechtmäßig erlangten Sachen kann kein Eigentum erworben werden".

Dabei macht die Grundnorm des § 27 S. 2 ZGB zunächst keine Ausnahme zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. Als unrechtmäßig erlangte Sachen werden solche bezeichnet, die dem Verkäufer weder zum Eigentum gehörten noch zur Veräußerung überlassen waren (§ 27, S. 1 ZGB).

Das läßt zunächst auf eine weitgehende Einschränkung des Erwerbs vom Nichtberechtigten schließen. Das Ausmaß der Ausnahmen läßt jedoch sofort erkennen, daß dies nicht der Fall ist. Die Regelung des § 28, S. 1 ZGB bestimmt, daß im Einzelhandel gekaufte Sachen sowie Inhaberpapiere, des weiteren jegliche Art von Geld, dem Gutgläubensschutz unterliegen. Geschützt wird das Vertrauen nicht nur in bezug auf die Eigentümerstellung, sondern auch in bezug auf die Verfügungsbefugnisse beziehungsweise das Veräußerungsrecht (vgl. § 28, S. 1 i.V.m. 27, S. 1 ZGB)

Ferner ist interessant, daß nur positive Kenntnis schadet und selbst grobe Fahrlässigkeit den Gutgläubenserwerb nicht hindert, auch besteht keine Nachforschungspflicht ³⁹⁾.

Die Neuregelung des ZGB erscheint modern und wirft vielen Ballast ab. Vor allem ist diese Regelung äußerst einfach und praktikabel, da die schwierige Abgrenzung

39) Zum gutgläubigen Erwerb von Immobilien vgl. § 8, Abs. 1 der Grundstücksdokumentationsordnung

von grober und leichter Fahrlässigkeit völlig entfällt. Ferner ist die Unterscheidung nach freiwilligem oder unfreiwilligem Besitzverlust für die Möglichkeit des Gutgläubenserwerbs völlig unbedeutend.

Ein Lösungsrecht wurde nicht vorgesehen und wohl angesichts der Tatsache, daß bei Waren im Einzelhandel der Sachwert und nicht das Affektionsinteresse im Vordergrund steht, nicht diskutiert. Da bei anderen Sachen der Gutgläubensschutz völlig ausscheidet, erscheint diese Lösung nur konsequent ⁴⁰⁾.

40) Ein Lösungsrecht, das binnen eines Jahres ausgeübt werden muß, enthält jedoch Art. 118 des ungarischen ZGB für Geschäfte außerhalb des Handelsverkehrs, die das ungarische ZGB nicht völlig vom Gutgläubensschutz ausnimmt; vgl. Petev, aaO., S. 103

B. Das französische Recht

I. Die geschichtliche Entwicklung des Gutglaubensschutzes in Frankreich

Geschichtliche Ausführungen zum Gutglaubensschutz werden nicht zum Selbstzweck gemacht, sondern sind zum tieferen Verständnis der Vorschrift des Art. 2279 C.c. unbedingt notwendig. In Art. 2279 C.c. finden sich Elemente der Rechtsentwicklung vom frühesten Mittelalter bis zur Neuzeit, die ohne Beschreibung des geschichtlichen Hintergrundes nur schwer vorstellbar sind.

1. Epoche des Gewohnheitsrechts, "droit coutumier", vom 6. - 13. Jahrhundert

Der Grundsatz des römischen Rechts "Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet" galt in Frankreich bis zum Einfall der Franken, beginnend mit dem Jahre 257 nach Christi Geburt. Danach setzte sich insbesondere im Norden des Landes, im Gebiet des "droit coutumier", germanisches Gedankengut durch und prägte das Mobiliarsachenrecht für mehrere Jahrhunderte ¹⁾.

Entsprechend den Grundsätzen des germanischen Rechts war eine Klage, die allein auf die Herausgabe einer beweglichen Sache abzielte und somit dinglichen Charakter hatte, dem französischen Recht fremd. Das bedeutet aber nicht, daß dem Eigentümer grundsätzlich

1) Merk, Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 7 (1914/15), S. 83, 84; Guisan, La protection de l'acquéreur de bonne foi en matière mobilière, Lausanne, 1970, S. 49; Ripert-Boulanger II, Nr. 2813, S. 977; Levy, Cours d'histoire du droit privé, Paris 1962, S. 8; Olivier-Martin, Coutume de Paris II, S. 103 ff.; Villers, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de Paris t. XXIII (1962) S. 91 ff.

die Möglichkeit abgeschnitten war, im Klagewege die Herausgabe einer ihm gehörenden Sache zu verlangen. Diese Möglichkeit hatte er auch im "droit coutumier", nur war die Rechtsnatur dieser Klagen grundsätzlich verschieden zur Vindikation des römischen Rechts.

Die Art und Weise, wie der Eigentümer im Klagewege vorgehen konnte, hing entscheidend davon ab, unter welchen Umständen er den Besitz an der Sache verloren hatte. Das "droit coutumier" differenzierte allein nach freiwilligem oder unfreiwilligem Besitzverlust auf Seiten des Eigentümers. Die unterschiedliche Behandlung des Eigentümers, je nachdem ob er die Sachherrschaft, "saisine", verloren hat, findet sich zuerst in den "Coutumes notoires du Chastelet de Paris" und in den "Coutumes de Bourges" ²⁾. Dem Eigentümer standen im einzelnen folgende Klagemöglichkeiten offen:

Hatte er die "saisine" freiwillig aufgegeben, stand ihm lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch gegen denjenigen zu, dem er die Sache verliehen bzw. in Verwahrung gegeben hatte. Dagegen konnte er nicht gegen Dritte, denen die Sache übertragen worden war, vorgehen. Ein "droit de suite", ein Recht zur Sachverfolgung, war ihm verwehrt.

Lag dagegen unfreiwilliger Besitzverlust vor, das heißt, hatte der Eigentümer die Sache verloren oder war sie ihm gestohlen worden, so konnte er sich in jedem Fall an den jeweiligen Besitzer halten und von ihm die Herausgabe der Sache verlangen. Die Sachverfolgung hatte dabei rein strafrechtlichen Charakter. Sie gründete sich nicht so sehr auf das Eigentum des

2) Ripert-Boulanger II, Nr. 2814, S. 976;
Ourliac de Malafosse, S. 344

Klägers, sondern vor allem auf die Tatsache, daß der Eigentümer unfreiwillig die unmittelbare Sachherrschaft verloren hatte und somit ein Bruch der öffentlichen Ordnung vorlag. Verlorene Sachen wurden dabei den gestohlenen Sachen deshalb gleichgestellt, weil man den Finder, der den Fund verschwieg, dem Dieb gleichstellte ³⁾.

Ihrer Funktion nach kann man diese Art der Sachverfolgung jedoch durchaus mit einer dinglichen Herausgabeklage vergleichen, weil auf diese Weise dem Eigentümer die Rechtsmacht gegeben war, gegen jeden Dritten, der sich im Besitz der Sache befand, vorzugehen ⁴⁾.

Abgesehen von den Fällen des Verlustes und des Diebstahls konnte sich der Eigentümer immer nur an denjenigen halten, dem er die Sache anvertraut hatte. Dieser Grundsatz wurde in den Leitsatz "mobilia non habet sequelam" bzw. "meubles n'ont pas de suite" zusammengefaßt ⁵⁾.

Im Grunde handelt es sich dabei um nichts anderes als eine französische Variante des Prinzips "Hand wahre Hand", das im deutschen Mobiliarsachenrecht des Mittelalters vorherrschte ⁶⁾.

3) Ripert-Boulanger II ebenda; Planiol-Ripert III, Nr. 368, S. 364; Guisan aaO., S. 37

4) Diese Klagen wurden "action de vol", "demande de furtive", "demande de chose emblée" oder "demande de chose adirée" genannt, vgl. Ripert-Boulanger ebenda; zum dinglichen Charakter der Diebstahlsklagen vgl. Beaumanoir chap. XXI, Nr. 16 ed. Salmon, Nr. 952 (zitiert bei Planiol-Ripert III Nr. 368, S. 364)

5) so in den Coutumes notoires du chastelet de Paris, Art. 23 (zitiert bei Ripert-Boulanger II, Nr. 2815, S. 976)

6) v. Lübtow aaO., S. 184; Merk aaO., S. 122

Es wäre jedoch verfehlt, den Grund für den weitgehenden Ausschluß der Sachverfolgung in den coutumes in wirtschaftlichen Erwägungen zu sehen. Nicht der Verkehrsschutzgedanke und das Interesse an schnellem Güterumlauf waren ausschlaggebend. Im Vordergrund stand allein der Friedensschutzgedanke bzw. die öffentliche Ordnung ⁷⁾.

In einer Zeit, in der sich der Handel noch weitgehend innerhalb der eng gesteckten Grenzen einer Volksgruppe abspielte, war es nicht notwendig, den Erwerber in besonderem Maße zu schützen. Auch sah man zunächst keine Notwendigkeit, den Handel insgesamt in besonderem Maße zu fördern. In einer Gesellschaftsordnung mit nur mäßigem Güterumlauf war das Zusammenfallen von Eigentum und Besitz so selbstverständlich, daß man denjenigen, der aus freiem Willen seine "saisine" aufgab, allein auf den Mann seines Vertrauens verweisen konnte. Auf der anderen Seite sah man einen Diebstahl als eine noch schwerere Bedrohung des Rechtsfriedens und der Ordnung der Volksgemeinschaft an, als dies heute der Fall ist ⁸⁾. Zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens reichte es nicht aus, den Dieb als denjenigen, der die "saisine" gebrochen hatte, zu bestrafen. Es mußte überdies in jedem Fall der alte Zustand, die "saisine" des Eigentümers wiederhergestellt werden ⁹⁾.

Die Entwicklung des Handels in den Städten und Markt-

7) Hübner aaO., S. 18; Schultze, Gerüfte und Markt aaO. Zur Ähnlichkeit des deutschen und französischen Rechts im Mittelalter vgl. Merk, die Entwicklung der Fahnisverfolgung im französischen Recht, Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 7 (1915) S. 599

8) Guisan aaO., S. 37

9) Guisan, S. 33, 35; Heusler, S. 492

plätzen führte zu Beginn des 13. Jahrhunderts nach Christi zu gewissen Modifizierungen des Leitsatzes "meubles n'ont pas de suite". So wurde dem Eigentümer die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs stellenweise auch dann gestattet, wenn er eine bewegliche Sache einem Handwerker zur Reparatur überlassen hatte und dieser sie unterschlug. Die Stellung des Eigentümers wurde also in den Fällen gestärkt ¹⁰⁾, in denen der Eigentümer aus bestimmten Sachzwängen heraus den Besitz an der Sache aufgeben mußte. Umgekehrt wurde die Position des Eigentümers dann geschwächt, wenn der Erwerber eine Sache auf einem Marktplatz gekauft hatte. Dann nämlich konnte ein gutgläubiger Erwerber die Sache auch im Falle des Diebstahls oder Verlustes behalten. Der Eigentümer konnte die Sache aber durch Erstattung des Kaufpreises auslösen. Zum ersten Mal hatte sich das Lösungsrecht in der französischen Rechtsgeschichte durchgesetzt ¹¹⁾.

2. Rezeption römischen Rechts vom 14. - 16. Jahrhundert

Der germanischrechtliche Einfluß währte in einem Ausmaß, daß er weitgehend allein das französische Rechtsleben bestimmte, nur bis zum Ende des 13. Jahrhunderts. Von diesem Zeitpunkt an begann man, die Gesetzeslücke, die das französische Recht der "coutumes" aufwies, nämlich das Fehlen der dinglichen Herausgabeklage, unter Heranziehung römischrechtlichen Gedankengutes zu füllen ¹²⁾.

10) Merk, aaO., S. 96; vgl. bezüglich der sehr ähnlichen Entwicklung in Deutschland Hübner, S. 21 ff.; Goldschmidt, ZHR VIII, S. 261

11) Anners, aaO., S. 67; Ourliac de Malafoffe, S. 343, 344 weisen darauf hin, daß vor allem im Süden des Landes das Lösungsrecht stark verbreitet war; vgl. auch Hübner, S. 22; Merk, aaO., S. 129

12) Ripert-Boulanger II, Nr. 2816, S. 976; Merk, aaO., S. 177; Marty-Raynaud II, Nr. 390, S. 378

Mehr und mehr trat der römischrechtliche Grundsatz der unbeschränkten Sachverfolgung neben die Vielzahl persönlicher Klagen strafrechtlichen Charakters, die in den "coutumes" die Mobiliarsachverfolgung regelten 13). Carbonnier 14) und Ourliac de Malafoſſe 15) weisen darauf hin, daß zum damaligen Zeitpunkt neben einem Wiederaufleben römischrechtlicher Gedanken noch andere Motive für die Ausweitung der Mobiliarsachverfolgung ausschlaggebend waren:

Man glaubte, auf diese Weise könne man die öffentliche Ordnung besser gewährleisten, da es so leichter wäre, gegen die Vielzahl kleiner Händler und Trödler vorzugehen, die sich nicht selten als Hehler betätigten. Rechtliche Erwägungen, die zur Einführung gewisser Marktprivilegien geführt hatten, hatten demgegenüber zurückzustehen. Man bewertete nunmehr den Eigentumsschutz eindeutig höher als das Verkehrsinteresse und die Schnelligkeit des Warenaustausches. Im 16. Jahrhundert führte die Rezeption römischrechtlichen Gedankengutes dazu, daß die Vindikation nach römischrechtlichem Muster die Grundsätze des "droit coutumier" verdrängte 16).

Es gelang den Verfechtern der Doktrin "Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet" jedoch nicht, die germanischrechtlichen Prinzipien völlig auszulöschen. Der Pfandgläubiger blieb auch weiterhin in der Sachverfolgung beschränkt. Er konnte seine Sache nicht von einem gutgläubigen Pfandrechtserwerber herausverlangen.

13) Jobbé-Duval, aaO., S. 205

14) Carbonnier II Nr. 78, S. 278

15) Ourliac de Malafoſſe, S. 344

16) Ripert-Boulanger II, Nr. 2817, S. 976;

Planiol-Ripert III, Nr. 368, S. 364

Die Maxime "meubles n'ont pas de suite" war zwar verdrängt worden, für Pfandgläubiger wurde sie aber durch die Regelung "meubles n'ont pas de suite par hypothèque" modifiziert. Es galt demnach der Grundsatz, daß bei beweglichen Sachen, die verpfändet sind, die Sachverfolgung ausgeschlossen sein sollte ¹⁷⁾. Diese Regelung, die aus den "coutumes" herrührt, trat in der Folgezeit neben das Prinzip der unbeschränkten Sachverfolgung.

3. Reaktion gegen die römischrechtliche Doktrin im 17. und 18. Jahrhundert, Suche nach neuen Lösungen

Schon relativ kurze Zeit später stellte sich jedoch heraus, daß die Ausweitung der Mobiliarsachverfolgung nicht mit den Bedürfnissen eines immer größeren Handelsumfangs vereinbar war. Eine Reaktion gegen die römischrechtliche Doktrin unbeschränkter Sachverfolgung setzte ein ¹⁸⁾.

- a) Kombination von rei vindicatio nach römischrechtlichem Vorbild mit einem Lösungsrecht

M. de Parence ¹⁹⁾, ein Richter aus der Provinz Maine, sprach sich schon im Jahre 1709 dafür aus, daß man dem Eigentümer gestatten solle, seine Sache gegen Erstattung des Kaufpreises auszulösen, wenn ein Verwahrer oder Pfandgläubiger die Sache nichtberechtigt weiterveräußerte. Dieses Lösungsrecht versuchte er damit zu

17) vgl. Art. 170 Nouvelle coutume de Paris, zitiert bei Ripert-Boulanger II, Nr. 2817, S. 976; Aubry et Rau, Cours de droit civil français 3ed 1863 t. II Nr. 183, S. 95, Anm. 2

18) Ripert-Boulanger II, Nr. 2819, S. 977; Ripert-Boulanger II, Nr. 2819, S. 988; Dalloz, repertoire de droit civil IX, sect. 3 Nr. 73 "revendication" Nr. 77

19) Jobbé-Duval, Etude historique sur la revendication des meubles en droit français, Paris 1881, S. 228 f.

rechtfertigen, daß sich der Eigentümer stets selbst vorzuwerfen habe, die Sache einer unzuverlässigen Person gegeben zu haben ²⁰⁾.

Diese Argumentation macht die Abkehr vom römischen Recht, wo grundsätzlich der Erwerber für die Vertrauenswürdigkeit desjenigen, der ihm die Sache verkauft hat, einzustehen hat, besonders deutlich.

Die Lösung von M. de Parence hatte das Pariser Parlament schon im Jahre 1636 angeregt. Sie hatte sich jedoch nicht durchsetzen können. Auch M. de Parence gelang es nicht, sich mit seiner Lehre über die engen Grenzen seiner Provinz durchzusetzen. Die Lehre geriet bald in Vergessenheit. Sie ist deshalb so interessant, weil hier mit dem "Umweg" des Lösungsrechts die Differenzierung von freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust mit dem römischrechtlichen Grundsatz der unbeschränkten Vindikation kombiniert wurde. Ferner findet sich hier zum ersten Mal der bis auf den heutigen Tag erhaltene Vorwurfs- beziehungsweise Risikogedanke, der dem "droit coutumier" weitgehend fremd war, weil die Differenzierung dort hauptsächlich vor strafrechtlichem Hintergrund beziehungsweise vor dem Hintergrund der Wahrung der öffentlichen Ordnung formuliert worden war.

b) Verkürzung der Verjährungsfristen

Im Rahmen der Rezeption hatte man zwar die Vindikation nach römischrechtlichem Muster eingeführt, dabei jedoch zunächst verkannt, daß das römische Recht im Interesse des Erwerberschutzes beziehungsweise im Interesse der

20) "... si le meuble avait été prêté il y a de l'équité que le maître du meuble rende l'argent à l'acheteur, parce qu'il doit s'imputer la faute d'avoir prêté à un infidèle ..."
Jobbé-Duval ebenda

Festschreibung endgültiger Rechtspositionen ein Korrektiv in Form der "usucapio" vorsah. Bei beweglichen Sachen war nach Ablauf von drei Jahren die Sachverfolgung ausgeschlossen ²¹⁾.

So wurde in der Epoche der Rezeption die Vindikation zunächst grundsätzlich dreißig Jahre gestattet. Die Rezeption führte demnach unter Verkenennung des römisch-rechtlichen Lösungsansatzes in seiner Gesamtheit zunächst zu einer Mobiliarsachverfolgung, die nicht einmal das römische Recht in dieser Rigorosität gekannt hatte. Die Lösung erwies sich bald als untragbar, und man begann, sich auf die dreijährige Verjährungsfrist zu besinnen, wie sie bereits das justinianische Recht vorgesehen hatte ²²⁾. Hatte der Erwerber die Sache drei Jahre in Eigenbesitz, dann sollte die Vindikation ausgeschlossen sein. Zusätzlich forderte man aber die Gutgläubigkeit auf Seiten des Erwerbers, und unabhängig vom guten Glauben, einen "juste titre". Der Erwerber mußte beweisen, daß er durch einen gültigen Erwerbsakt den Besitz an der Sache erlangt hatte und somit ein gültiger Erwerbstitel vorlag ²³⁾. Damit hatte man zwar einen Schritt in Richtung auf eine ausgeglichene Lösung getan, brachte den Erwerber jedoch oft in Beweisnot, da bei beweglichen Sachen das schriftliche Festhalten des eigentumübertragenden Vertrages unüblich war. Um diese Schwierigkeit wenigstens zum Teil auszuräumen, wollte Pothier (1821) ²⁴⁾ den Weg beschreiten, dem

21) vgl. oben Seite 40

22) Jobbé-Duval, aaO., S. 228; Planiol-Ripert III Nr. 368, S. 365; Duplessis, Traité sur la coutume de Paris, 1725, t. I, Des prescriptions, S. 488, 489; Ripert-Boulanger II Nr. 2820, S. 977 mit weiteren Nachweisen aus den diversen "coutumes".

23) Jobbé-Duval ebenda; Ourliac de Malafosse, S. 347; Guisan, aaO., S. 51

24) Pothier, Traité de la Prescription, II e partie; art. 3, Nr. 205, t. IX, S. 388

Erwerber zum Beweis des "juste titre" die Erlaubnis geben, Zeugen zum Beweis heranzuziehen.

Noch weiter gingen Ferrière und Boucheul ²⁵⁾, die sich im Interesse des Erwerbsschutzes mit der bloßen Behauptung des Erwerbers, er habe diese Sache gekauft, begnügen wollten. Die Beweislast für das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen eines "juste titre" wurde somit auf den Alteigentümer verlagert. Solange nicht die Bösgläubigkeit des Erwerbers bewiesen war, sollte seiner Behauptung in vollem Umfang Glauben geschenkt werden. Der Besitz des Erwerbers galt als Vermutung für einen gültigen Eigentumserwerb. Hier stößt man zum ersten Mal auf die Formel "la possession vaut titre".

Diese Vermutung sollte allerdings nur für den Eigenbesitz, nicht jedoch für den Fremdbesitz als Pfandgläubiger oder Verwahrer gelten ²⁶⁾,

Trotzdem war auf diese Weise noch kein ausreichendes Maß an Erwerbsschutz gewährleistet, weil dem Alteigentümer folgende Möglichkeit des Gegenbeweises gegeben wurde: Wenn der Alteigentümer beweisen konnte, daß er selbst zuvor Eigentümer der Sache gewesen war, so reichte dies bereits aus, um die auf den Eigenbesitz des Erwerbers gestützte Vermutung für dessen Eigentum zunächst zu zerstören. Hatte der Alteigentümer diesen Beweis erbracht, mußte der Erwerber seinerseits die gesamte Veräußerungskette bis zu seinem Erwerb darlegen ²⁷⁾.

25) Coutume du Poitou, Anm. zu art. 372, Nr. 13, t. II, S. 565, zitiert bei Jobbé-Duval aaO., S. 229

26) Jobbé-Duval aaO., S. 231

27) Diese Beweisregelung findet sich in der Ordonnance von 1667, vgl. Jobbé-Duval aaO., S. 229, 231

Dieses Erfordernis, das bei Immobilien in der Regel keine besonderen Probleme aufwirft, mußte bei Mobilien, bei denen gewöhnlich auf eine schriftliche Fixierung der Äußerung verzichtet wird, zu Beweisschwierigkeiten auf der Erwerberseite führen, wobei auch der Zeugenbeweis keine wirksame Abhilfe darstellte. Wenn überhaupt ein Zeuge auffindbar war, so konnte er unter Umständen wohl Aussagen bezüglich des "juste titre" des Erwerbers machen, jedoch fast nie in bezug auf die zeitlich davor liegenden Veräußerungen und deren Gültigkeit ²⁸⁾.

Dieses Beweissystem ermöglichte es dem ehemaligen Eigentümer sogar, unter dem Vorwand, eine von ihm angeblich getätigte Veräußerung oder Schenkung sei fehlerhaft gewesen, eine Sache in betrügerischer Weise zu vindizieren. Besonders derjenige, der eine bewegliche Sache geschenkt bekommen hatte, noch dazu ohne Zeugen, konnte niemals sicher sein, ob der ehemalige Eigentümer und Schenker die Sache nicht eines Tages wieder vindizieren würde. Dies war mit dem damaligen Beweissystem leicht möglich. Genauso leicht war es für einen Eigentümer, eine Sache zunächst zu verkaufen und die ordnungsgemäß verkauften Sachen in betrügerischer Weise von den Erben des Erwerbers zurückzufordern. Dieses Beweissystem vermutete somit den Besitzer einer beweglichen Sache nur solange als Eigentümer, bis der auf Herausgabe klagende Alteigentümer den Beweis für sein vormaliges Eigentum antreten konnte. Danach hatte der Besitzer wiederum die volle Beweislast für die gesamte Veräußerungs- bzw. Eigentumsübertragungskette zu tragen. Diese Beweislastregelung war für Erwerber von Mobilien auf die Dauer untragbar, und zwar sowohl für

28) Jobbé-Duval aaO., S 231

gutgläubige Dritterwerber als auch für Erwerber vom Berechtigten ²⁹⁾.

Die sich ergebenden Unbilligkeiten versuchte man im 18. Jahrhundert auszuräumen, indem man die Regel aufstellte, daß der Besitzer einer beweglichen Sache allein durch den Besitz den Beweis für sein Eigentumsrecht führen könne, ohne daß es eines Eigentumserwerbstitels bedürfe. Erstmalig wird im 18. Jahrhundert in der Coutume d'Orléans die Regel aufgestellt:

"en fait de meubles la possession vaut titre ³⁰⁾".

Der Erwerber mußte weder durch Zeugen noch durch Vorlage eines schriftlichen Titels den Erwerbsakt, den "juste titre", darlegen. Die bloße Behauptung, er habe die Sache von einer bestimmten Person gekauft, die zur Veräußerung befugt war, reichte bereits aus.

Auch konnte der auf Herausgabe klagende Alteigentümer nicht mehr mit dem Beweis seines vormaligen Eigentums eine Beweislastumkehr zum Nachteil des Erwerbers herbeiführen, wie dies zuvor im Rahmen der allgemeinen Beweisregeln in Verbindung mit den speziellen Beweisvorschriften der ordonnance von 1667 der Fall war ³¹⁾. Der Erwerber war von nun an auch gegen die oben beschriebenen betrügerischen Vindikationen von Seiten ehemaliger Eigentümer der Sache geschützt.

29) Jobbé-Duval, aaO., S. 232

30) Pothier, Coutume d'Orléans, Introduction au titre de la prescription, art. prelimin., sect. II, Nr. 4 t. I, S. 331; de Cottureau, Le droit général de la France et le droit particulier de la Touraine, Tour, 1781, t. I, Nr. 7279, S. 644;

Jobbé-Duval, aaO., S. 230

31) Jobbé-Duval, aaO., S. 231

Probleme für den Erwerbsschutz ergaben sich jedoch aus der Tatsache, daß man zunächst die rechtliche Gleichbehandlung von Diebstahl, Unterschlagung, Veruntreuung und Betrug, wie sie für das römische Recht kennzeichnend war, noch nicht aufgegeben hatte. Es galt zunächst nach wie vor ein Diebstahlsbegriff, der dem des römischrechtlichen "furtum" entsprach.

Das bedeutete, daß der Eigentümer immer dann seine Sache vindizieren konnte, wenn jemand eine Sache im guten Glauben von einem Verwahrer, Pfandgläubiger oder einem etwa mit einer Reparatur betrauten Handwerker usw. erworben hatte ³²⁾. Der Alteigentümer brauchte lediglich das Vorliegen eines Pfand-, Verwahrungs- beziehungsweise Reparaturvertrages nachzuweisen, um die Eigentumsvermutung, die sich aus dem Besitz des Erwerbers herleitete, zu zerstören. Die dem Erwerber zur Seite stehende Vermutung war in jedem Fall eine widerlegliche "praesumptio iuris tantum" ³³⁾. Hatte der Eigentümer das Vorliegen eines derartigen Vertrages beweisen können und stand somit ein Rechtsbruch in Form einer Unterschlagung, Veruntreuung beziehungsweise eines Betruges fest, so erforderte der "ordre public", die öffentliche Ordnung, daß der durch diesen Rechtsbruch entstandene Schaden wieder ausgeglichen wurde. Insoweit war der bereits in den "coutumes" vorhandene Friedensschutzgedanke in vollem Umfang erhalten geblieben. Der Schadensersatz hatte in Form der Naturalrestitution, das heißt durch Rückgabe der Sache zu erfolgen:

"... un vol a été commis au détriment du propriétaire et l'ordre public exige que le préjudice causé par le délit soit entièrement réparé ³⁴⁾."

32) Jobbé-Duval, aaO., S. 233

33) Jobbé-Duval, aaO., S. 232

34) Jobbé-Duval, aaO., S. 233; vgl. Pothier, Traité des cheptels, sect. I art. 4, § 3, Nr. 4, t. IV, S. 355 zum weiten Begriff des "vol"

Der zur Herausgabe verpflichtete Besitzer konnte nur Rückgriff bei dem nichtberechtigt Verfügenden nehmen.

Diese von Pothier, Denisart, de Cottereau, de Houard und anderen Autoren vertretene Meinung ³⁵⁾ hatte den Vorteil, nicht allzuweit von der römischrechtlichen Doktrin abzuweichen. Ferner blieb die Einheit des zivilrechtlichen und strafrechtlichen Diebstahlsbegriffs, der keine Unterscheidung zwischen Diebstahl, Unterschlagung und Betrug vorsah, erhalten ³⁶⁾.

c) Rechtsprechung des Pariser Chatelet

Trotz der Verkürzung der Verjährungsfrist auf drei Jahre bei Gutgläubigkeit und "juste titre", wobei der Besitz auf Seiten des Erwerbers den Beweis des gültigen Erwerbstitels wesentlich erleichterte, erwies sich diese Regelung als wenig verkehrsgerecht. Vor allem in den häufigen Fällen der Unterschlagung blieb die rei vindicatio möglich.

Eine tiefgreifende Neuregelung begann sich abzuzeichnen, die den Vindikationsausschluß immer dann vorsah, wenn der Eigentümer seine Sache jemandem anvertraut und dieser die Sache als Nichtberechtigter an einen Dritten veräußert hatte. Diese entscheidende Wende und Abkehr von der römischrechtlichen Doktrin zeichnete sich zuerst in der Regelung des Pariser Chatelet ab.

35) Pothier, Coutume d'Orléans, introduction au titre de la prescription, aaO; Denisart, Collection de Jurisprudence V, Meubles, Nr. 32; de Cottereau, La droit général de la France et le droit particulier de la Touraine, Tour, 1781, Nr. 7279, t. I, S. 644; de Houard, Dictionnaire du droit normand, meubles

36) Pothier, Traité de cheptels, aaO. Hier wird das Verb "dérober" für alle Arten von Entwendung gebraucht.

Dort hatte man sich zunächst darauf beschränkt, wie oben beschrieben, auf eine schriftliche Darlegung des Titels zu verzichten und zum Beweis eines gültigen Erwerbstitels den Besitz auf Seiten des Erwerbers ausreichen zu lassen. Dabei stand nicht so sehr der Erwerbsschutz im Vordergrund, als vielmehr der Schutz des Erwerbers vor betrügerischen Vindikationen ³⁷⁾.

Dann kam man aber mehr und mehr zu der Auffassung, das Verkehrsinteresse, das "*intérêt du commerce*", rechtfertigte einen völligen Ausschluß der Mobiliarsachverfolgung im Falle der freiwilligen Besitzaufgabe ³⁸⁾. Der gutgläubige Erwerber einer Sache brauchte dem Alteigentümer die Sache nicht herauszugeben, selbst wenn dieser den Beweis für das Rechtsverhältnis antrat, aufgrund dessen der nichtberechtigt Verfügende in den Besitz der Sache gelangt war.

Man bediente sich dabei rechtstechnisch des sogenannten "*fin de non recevoir*", einer Einrede der Unzulässigkeit der Herausgabeklage. Neben dem "*intérêt du commerce*" war vor allem das Streben nach einer Erleichterung des Güteraustausches bestimmend für die neue Regelung "*le désir de faciliter la circulation des meubles*" ³⁹⁾.

Auf den ersten Blick ähnelte diese erneute Differenzierung von freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust sowie der völlige Ausschluß der Mobiliarsachverfolgung im Falle der freiwilligen Besitzaufgabe der Lösung des "*droit coutumier*" des frühen Mittelalters. Man glaubt, ein Wiederaufleben der Maximen "*mobilia non habent sequelam*" bzw. "*meubles n'ont pas de suite*"

37) Jobbé-Duval, aaO., S. 234

38) Jobbé-Duval ebenda; Ripert-Boulanger II, Nr. 2821, S. 978; Marty-Raynaud II, 2. vol, Nr. 390, S. 378; Guisan, aaO., S. 51; Ripert-Boulanger I, Nr. 3400; Planiol-Ripert III, Nr. 368, S. 365

39) Jobbé-Duval, aaO., S. 234

zu erkennen ⁴⁰⁾. Die rechtspolitischen Motive und Erwägungen, die zu einem erneuten Ausschluß der Sachverfolgung führten, waren jedoch völlig anders geartet:

Im "droit coutumier" ging es allein darum, dem Eigentümer, dessen Gewahrsam, "saisine", durch einen äußeren Eingriff gebrochen worden war, die Möglichkeit einer Sachverfolgung zu geben. Entscheidend war vor allen Dingen der strafrechtliche Gesichtspunkt, den früheren Zustand wiederherzustellen. Es stand allein der Friedensschutzgedanke im Vordergrund. Die "saisine", die rechtmäßige materielle Innehabung einer Sache, wurde als ein Element der öffentlichen Ruhe und Ordnung angesehen. Der Bruch der "saisine" war immer zunächst ein gegen die öffentliche Ruhe und Ordnung gerichteter Angriff, ohne daß zivilrechtlichen Aspekten näher Beachtung geschenkt wurde. Der bloße Umstand, daß ein Nichtberechtigter, dem zuvor eine Sache überlassen worden war, mißbräuchlich über diese Sache verfügt, wurde dagegen nicht als gravierender Verstoß gegen öffentliche Ruhe und Ordnung angesehen ⁴¹⁾.

Der Ausschluß der Sachverfolgung bei freiwilligem Besitzverlust im "droit coutumier" ist somit auch Ausschluß des Friedensschutzgedankens, der das mittelalterliche Recht entscheidend prägte.

Dagegen stand bei der im 18. Jahrhundert neu eingeführten Differenzierung von freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust allein das Erwerbs- und Verkehrsinteresse im Vordergrund. Zunächst war man sich nicht einmal der Tatsache bewußt, daß man in den

40) Ripert-Boulanger II, Nr. 2821, 2824, S. 978, 979

41) Guisan aaO., S. 35

praktischen Auswirkungen nach tausend Jahren dem "droit coutumier" stark ähnelnde Abgrenzungen und Rechtsfolgen wieder entdeckt hatte. Erst zu einem späteren Zeitpunkt wurden diese Parallelen aufgedeckt und ergänzend in die Rechtfertigung der neuen Regelung einbezogen ⁴²⁾.

- d) Bourjon und der Satz "en fait de meubles la possession vaut titre"

Bourjon ⁴³⁾ (1747) kommt das Verdienst zu, die Rechtsprechung des Chatelet, die noch wenig systematisch war und sich vor allen praktischen Anforderungen beugte, in ein dogmatisches System gefaßt zu haben.

Bourjon erkannte als erster Rechtsgelehrter seiner Zeit, daß die Lösung des Chatelet in den Ergebnissen weitgehend mit dem "droit coutumier" des frühen Mittelalters übereinstimmte. Die Lösung verschiedener Rechtsepochen verschmolz er in ein System des Gutgläubensschutzes, das den Art. 2279 C.c. entscheidend geprägt hat. Eine Auseinandersetzung mit der Lehre Bourjons ist unerlässlich, wenn man die Vorschrift des Art. 2279 C.c. in ihrer gesamten Bedeutung erfassen will.

Aus mehreren Urteilen des Chatelet meint Bourjon die Maxime "en matière de meubles la possession vaut titre de propriété" herleiten zu können. Wörtlich führt Bourjon aus ⁴⁴⁾:

42) Guisan, aaO., S. 51

Ripert-Boulanger II, Nr. 2821, 2824, S. 978, 979

43) Bourjon, Le Droit commun de la France, Paris 1747

44) Bourjon, aaO., t. 1, siv. II, tit. 1, chap. VI, S. 145, section 1

"En matière de meubles, la possession vaut titre de propriété, la sûreté du commerce l'exige ainsi: la base de cette maxime est qu'on ne possède ordinairement que les meubles dont on est propriétaire; ainsi la possession doit donc quant à ce, décider; c'est le meilleur guide, & quel autre pouvoit-on prendre sans tomber dans la confusion?

De-là s'ensuit que dans la thèse générale, les meubles ne sont sujets à suite ..."

"Bei beweglichen Sachen gilt der Besitz als Eigentumstitel, so erfordert es die Sicherheit des Handelsverkehrs, die Grundlage für diese Maxime ist die Tatsache, daß man normalerweise nur bewegliche Sachen in Besitz hat, deren Eigentümer man ist. Folglich muß bezüglich des Eigentums der Besitz entscheidend sein. Er ist der beste Leitfaden und welchen anderen könnte man nehmen, ohne durcheinander zu geraten?

Daraus folgt, daß es bei beweglichen Sachen im allgemeinen keine Sachverfolgung gibt."

Bourjon war, das wird aus dieser Textstelle deutlich, so von der Parallelität der Sätze "en fait de meubles la possession vaut titre" und "meubles n'ont pas de suite" fasziniert, daß er sie, obwohl sie von einem völlig anderen Ansatzpunkt ausgingen, direkt nebeneinander zur Rechtfertigung des vom Chatelet gefundenen Ergebnisses anführt ⁴⁵⁾.

Bourjon geht davon aus, daß Besitz und Eigentum in der Regel zusammenfallen und nennt im gleichen Atemzug die Sicherheit des Handelsverkehrs als den entscheidenden Rechtfertigungsgrund für die Regelung.

Diese Argumentation reizt zum Widerspruch, da gerade im Rahmen eines stetig wachsenden Handelsverkehrs ein Auseinanderfallen von Besitz und Eigentum keinen

45) Jobbé-Duval aaO., S. 235

Ausnahmefall mehr darstellt. Ob Bourjon sich dessen bewußt war, läßt sich nicht genau feststellen. Immerhin scheint er erkannt zu haben, daß seine Argumentation nicht gänzlich ohne Schwachstellen war. So jedenfalls könnte die am Schluß nachgeschobene Frage zu verstehen sein, welchen anderen Hinweis auf das Eigentum, wenn nicht den Besitz, man nehmen könne, ohne in "confusion" zu geraten.

Bourjon fährt dann fort die Ausnahmen zu nennen, in denen eine Vindikation möglich bleibt:

"Cependant, l'effet mobilier furtif peut être revendiqué même des mains de l'acquéreur de bonne foi, pourvu que le furte soit constaté; c'est juste exception à ce que dessus 46)".

Eine gestohlene Sache kann demnach immer dann von einem gutgläubigen Erwerber vindiziert werden, wenn der Diebstahl festgestellt wurde. Dies stellt die Ausnahme zu der oben beschriebenen Maxime dar.

An anderer Stelle macht Bourjon deutlich, aus welchem Grunde bei gestohlenen Sachen die Vindikation aufrecht erhalten bleiben muß. Bourjon geht dabei näher auf die Feststellung des Diebstahls ein:

"On a vu que le meuble furtif peut être revendiqué, parce que le furte est un vice qui suit la chose dans les mains de tel possesseur qu'elle passe, & qui fonde la revendication: mais pour cela, il faut que le furte soit juridiquement constaté sans cela il n'y a lieu à la revendication, parce qu'une vaine allégation ne suffit pas, & que sans cette preuve on tombe dans la règle générale 47)".

46) Bourjon, aaO., t. 1, liv. II, tit. I, chap. VI, S. 145, sect. I

47) Bourjon ebenda, sect. II

Der Diebstahl wird also als objektives Fehlermerkmal aufgefaßt, das der Sache anhaftet, unabhängig davon, durch wieviele Hände es geht. Das soll aber nur dann gelten, wenn seitens des Gerichts das Vorliegen eines Diebstahls festgestellt wurde ⁴⁸⁾.

"... le vice de furte la suit par-tout, & l'a assujettie à ce droit de suite: autrement la poursuite & la preuve du vol deviendroient souvent inutiles 49)".

Bourjon begründet das uneingeschränkte Recht zur Vindikation bei gestohlenen Sachen damit, daß andernfalls die Verfolgung und der Nachweis von Diebstählen oft ergebnislos bliebe. Bourjon vermischt demnach noch strafrechtliche und zivilrechtliche Aspekte, wie dies in den coutumes die Regel war. Bourjon stellt zwar hauptsächlich auf das Verkehrsinteresse als neuen Rechtfertigungsgrund für den neuen Ausschluß der Mobiliarsachverfolgung ab. Das hindert ihn aber nicht daran, auf Gesichtspunkte des gemeinen Rechts zurückzugreifen, wie die soeben zitierte Textstelle zeigt.

Von höchster Wichtigkeit für das Ausmaß des gewährten Gutglaubenserwerbs ist die Feststellung, welche Fallgruppen von dem Begriff des Diebstahls, "furte", umfaßt werden sollten. Meint Bourjon, dem strafrechtlichen Diebstahlbegriff seiner Zeit entsprechend ⁵⁰⁾, hier jeden Fall einer unrechtmäßigen Besitzentziehung oder beschränkt er sich auf den Diebstahl als Gewahrsamsbruch, als unfreiwilligen Verlust der unmittelbaren Sachherrschaft?

48) Die Regelung, das Ausmaß des Gutglaubensschutzes von der strafrechtlichen Würdigung des Diebstahls abhängig zu machen, findet sich noch heute im englischen Recht, vgl. oben Seite 48

49) Bourjon aaO., t.2, liv. VI, tit. VIII, S. 695, sect. IV

50) Jobbé-Duval aaO., S. 233; Pothier, Traité des cheptels vgl. oben Fußnote 34)

Bourjon äußert sich nicht direkt zu dieser Frage. Aus dem Zusammenhang wird jedoch deutlich, daß nur ein Diebstahl im Sinne eines unfreiwilligen Verlustes der unmittelbaren Sachherrschaft gemeint sein kann.

Gerade der typische Fall des Verwahrers, der eine Sache gegen den Willen des Eigentümers an einen Dritten veräußert, soll von dem Leitsatz "en fait de meubles la possession vaut titre" umfaßt werden:

"Si le dépositaire avoit vendu ce meuble, le propriétaire d'icelui ne peut le réclamer des mains de l'acheteur, parce qu'en matière de meubles, la possession valant titre, la sûreté du commerce ne permet pas qu'on écoute une telle revendication; il faut donc en ce cas la rejeter: l'ordre & l'avantage exigent ainsi 51)".

Dasselbe soll für den Fall gelten, in dem der Eigentümer eine Sache jemandem anvertraut, die dieser für ihn verkaufen soll, sie dann aber in eigenem Namen veräußert und den Kaufpreis einbehält:

"Il en est de même, si le meuble avoit été confié à un tiers pour être vendu, & que ce tiers eut gardé le prix de la vente; le propriétaire ne peut inquiéter l'acheteur, & c'est à lui à s'imputer sa confiance, dont un autre ne peut être la victime: c'est une seconde conséquence qui naît du même principe qu'on vient de poser, qu'en matière de meubles la possession vaut titre de propriété 52)".

In beiden Fällen liegt eine Unterschlagung vor, gleichwohl zieht Bourjon sie als Anwendungsbeispiele für seine neue Maxime heran. Daraus folgt, daß er mit der "furte" einen Diebstahl im engeren Sinne meint, der nicht mit dem römischrechtlichen Begriff des

51) Bourjon, aaO., t. 2, liv. VI, tit. VIII, chap. III, S. 695, sect. IV

52& Bourjon ebenda

"furtum" gemein hat.

Die beiden oben zitierten Textstellen sind nicht nur für die Klärung des Diebstahlsbegriffes von Bedeutung, sondern auch im Hinblick auf die rechtspolitischen Erwägungen, die seine Argumentation bestimmten. Bereits oben ⁵³⁾ wurde deutlich, daß Bourjon die "sûreté du commerce" als ein wichtiges Kriterium für seine Lösung heranzieht und von einem grundsätzlichen Zusammenfallen von Eigentum und Besitz ausgeht. Bourjon geht hier wohl noch weiter, wenn er ausführt, das Allgemeinwohl und die öffentliche Ordnung erforderten eine solche Regelung " ... l'ordre et l'avantage publics exigent ainsi ⁵⁴⁾".

Ferner operiert er mit dem Vorwurfsgedanken: der Eigentümer hat sich vorzuwerfen, sein Vertrauen falsch eingesetzt zu haben. Der Erwerber darf nicht das Opfer dieses vom Eigentümer gemachten Fehlers werden.

" ... c'est à lui à s'imputer sa confiance, dont un autre ne peut être la victime ⁵⁵⁾".

53) Bourjon, wie Fußnote 43)

54) Bourjon argumentiert hier ähnlich wie Zweigert in der jüngsten deutschen Dogmatik, RabelsZ 23 (1958) S. 1, 15: " ... es besteht ein legitimes Ordnungsinteresse, die Erwerber in ihrer Gesamtheit vor unzumutbaren Nachforschungen über das Recht ihres Vormannes zu bewahren" und "Das Erhaltungsinteresse des Eigentümers wird nicht um des Erwerbsinteresses des konkreten Erwerbers willen zurückgesetzt, ... sondern eines dem Individualeigentum höherwertigen Allgemeininteresses willen".

55) Eine Argumentation, die der von Bourjon stark ähnelt, findet sich bei Valin, Commentaire de la Coutume de la Rochelle, ed. 1756, zit. bei Planiol t.I Nr. 2471, Anm. zu art. 60, S. 240: Le dépositaire qui abuse du dépôt et qui en dispose fait naturellement un vol à celui qui lui a confié ce dépôt; cependant, ce dernier n'a pas droit de suivre la chose, dès qu'elle est hors de la possession du dépositaire; la raison est qu'il a entièrement suivi la foi de ce dépositaire et que cette confiance ne peut pas nuire à un acheteur de bonne foi".

Diese Gedankenführung bedeutet eine deutliche Abkehr vom Mobiliarsachenrecht des römischen Rechts. Dort war stets der Erwerber mit dem Risiko der Vertrauenswürdigkeit des Veräußerers behaftet ⁵⁶⁾.

Es muß verwundern, daß zusätzlich zu dem objektiven Merkmal der "possession" auf Seiten des Erwerbers keine subjektiven Anforderungen gestellt werden und im Rahmen der neuen Maxime "en fait de meubles ..." nicht ausdrücklich die Gutgläubigkeit gefordert wird.

Bourjon betont aber ausdrücklich, daß bei gestohlenen Sachen die Revindikation auch gegen den gutgläubigen Erwerber möglich ist.

Der Umkehrschluß, daß Bourjon stillschweigend von dem Erfordernis der "bonne foi" ausging, ihn ausdrücklich jedoch nur erwähnte, um klarzustellen, daß bei gestohlenen Sachen die Revindikation auch gegen einen gutgläubigen Besitzer möglich ist, erscheint nicht zu gewagt ⁵⁷⁾.

Dies soll zur Aufhellung der Erwägung, die Bourjon zur Regelung des gutgläubigen Eigentumserwerbs anstellte, genügen.

Es darf aber nicht vergessen werden, daß diese Lösung Bourjons, die von den Schöpfern des Code civil weiter-

56) siehe oben Seite 41

57) vgl. Jobbé-Duval aaO., S. 233, mit dem Hinweis darauf, daß schon die unmittelbaren Vorläufer von Bourjon wie Dupineau, Pothier, de Denisart, de Cottereau und de Houard immer von der Gutgläubigkeit der Erwerbers ausgingen, da dieser sonst als Hehler verfolgt würde. Auch bezogen sich diese Autoren auf die verkürzte Ersitzungszeit des römischen Rechts, die "usucapio". Sie setzte immer Gutgläubigkeit des Erwerbers bei Besitzerlangung voraus, vgl. Gaius, Inst. II, 43

entwickelt wurde, nur einen von mehreren Lösungswegen darstellte, zu einer modernen, interessegerechten Lösung des gutgläubigen Erwerbs im französischen Recht zu gelangen.

Es hätte in der Tat nahe gelegen, einen weitgehenden Schutz des Erwerbers durch eine Modifizierung der Ersitzungsvorschriften zu gewährleisten, etwa indem man die Ersitzung nach drei Jahren bei Gutgläubigkeit gestattet hätte und sich darauf beschränkt hätte, lediglich den römischrechtlichen Begriff des "furtum" aufzugeben, d.h. die verkürzte Ersitzungszeit grundsätzlich auch bei unterschlagenen Sachen zuzulassen.

Einer Verkürzung der Ersitzungszeit stand aber zunächst Art. 118 der Coutume von Paris im Wege ⁵⁸⁾, der generell und ohne weitere Präzisierung eine Ersitzungszeit von dreißig Jahren erforderte ⁵⁹⁾.

Diese Regelung war für Mobilien äußerst unpraktisch, bot aber dadurch, daß sie nur von "choses prescriptibles", nicht aber ausdrücklich von Mobilien sprach, die Möglichkeit, sich auf den formaljuristischen Standpunkt zu stellen, Mobilien gehörten, da nicht ausdrücklich genannt, zu den "choses imprescriptibles" und fielen deshalb überhaupt nicht unter den Anwendungsbereich dieser Vorschrift.

58) Coutumes de la Prevosté et Vicomté de Paris 1580, Nouveau Coutumier général, t. III Paris 1724, S. 39

59) Art. 118 wörtlich: "Si aucun a jouy, usé et possédé d'un héritage ou rente, ou autre chose prescriptible par l'espace de trente ans continuellement tant par luy que par ses prédecesseur, franchise, publiquement, et sans aucun inquietation: supposé qu'il a acquis prescription entre aagez et non privileges".

Diesen Weg ging das Chatelet und wurde in dieser Rechtsprechung von Bourjon bestärkt. Man war so sehr darum bemüht, im Interesse einer verkehrsgerechten Lösung die dreißigjährige Ersitzungszeit des Art. 118 zu umgehen, daß man Mobilien gänzlich von der Ersitzung ausnahm:

"La prescription n'est d'aucune considération, elle ne peut être d'aucun usage quant aux meubles, puisque par rapport à de tels biens, la simple possession produit tout l'effet d'un titre parfait: principe qui applanit les difficultés, que le silence, que la coutume a gardé sur cette prescription, faisoit naître 60)".

"En effet, suivant la jurisprudence de ce tribunal, la possession d'un meuble ne fut elle que d'un jour, vaut titre de propriété ... 61)".

Auf diese Weise hatte man auch gleichzeitig die Meinungsvielfalt der Autoren übergangen, die Art. 118 nicht als abschließende Regelung der Ersitzung überhaupt, sondern nur als Regelung der "praescriptio longissimi temporis" auffaßten und für Mobilien grundsätzlich andere Ersitzungszeiten zuließen ⁶²⁾.

Kiefner ⁶³⁾ kommt das Verdienst zu, als erster aufgezeigt zu haben, daß die Erklärung der Unanwendbarkeit des Art. 118 der Coutume von Paris für Mobilien und die Auffassung, diese Vorschrift regele abschließend

60) Bourjon, t. 2, liv. VI, tit. VIII, chap. III, S. 695 sect. IV

61) Bourjon ebenda; gemeint ist das Chatelet

62) gemeint sind hier die Autoren Bretonnier und Duplessis, die Bourjon unter der in Fußnote 60) zitierten Textstelle anführt und die für eine dreißigjährige Ersitzungszeit bei Mobilien plädierten

63) Kiefner, Qui possidet dominus esse praesumitur, in Zeitschrift für die Savigny Stiftung, Romanische Abteilung, Bd. 79, S. 240 ff

die Verjährung, einen formaljuristischen Kunstgriff darstellte, um zu größtmöglicher Verkehrsgerechtigkeit zu gelangen, ohne sich näher mit den Befürwortern einer verkürzten Verjährungsfrist auseinanderzusetzen zu müssen.

Art. 118 der Coutume von Paris war jedoch nicht die einzige Vorschrift, die vom Chatelet und von Bourjon zur Stützung der These "en fait de meubles ..." und zur Begründung des völligen Revindikationsauschlusses herangezogen wurde:

Art. 182 der Coutume bestimmte, daß ein Eigentümer, der seine Sache jemandem in Verwahrung gegeben hatte, nur dann eine Vorzugsstellung gegenüber anderweitigen Gläubigern des Verwahrers genießen sollte, wenn die in Verwahrung gegebene Sache noch tatsächlich im Besitz des Verwahrers war. Andernfalls sollte der Eigentümer wie jeder andere Gläubiger des Verwahrers behandelt werden:

" ... le déposant est réduit à la condition d'un créancier ordinaire, quand le dépôt ne se retrouve plus en nature". 64)

Das bedeutet, daß er statt der Sache oft nur eine gewisse Quote zugewiesen bekommt.

Art. 182 sagte aber nicht ausdrücklich, daß in dem Falle, in dem der Verwahrer eine Sache verkauft hatte, dem Eigentümer die Revindikation gegen den Dritterwerber völlig abgeschnitten sein sollte, er geht vielmehr nur auf das Verhältnis vom Eigentümer zu seinem Verwahrer ein. Trotzdem zog das Chatelet diese

64) Bourjon, t. 2, liv. VI, tit. VIII, chap. III, S. 695, sect. IV

Vorschrift heran, um einen völligen Revindikationsausschluß bei Mobilien zu erreichen.

Genau wie bei Art. 118 der Pariser Coutume wurde bei Art. 182 eine alte Vorschrift mit einem völlig neuen Sinn gefüllt, um den angestrebten Revindikationsausschluß bei Mobilien mit überkommenen Gesetzesbestimmungen in Einklang zu bringen.

Letztlich handelt es sich in beiden Fällen aber um einen geschickten Ausweg, wie Ripert-Boulanger dies ausdrücklich in bezug auf Art. 182 feststellen:

"... le Chatelet de Paris avait le désir de restreindre la revendication du propriétaire et son argument n'est qu'un expédient 65)".

Bei einer näheren Beschäftigung mit den Entstehungsgründen der Regel "en fait de meubles la possession vaut titre" und deren Anwendung auf den Gutglaubenserwerb von beweglichen Sachen muß verwundern, daß diese völlig neue Lösung, allein vom Besitz auf Seiten des Erwerbers als Grundlage für einen vollständigen Revindikationsausschluß auszugehen, sowohl von Bourjon als auch vom Chatelet als etwas Selbstverständliches und Vorgegebenes hingestellt wird. So beruft sich das Chatelet auf Vorschriften der Coutume de Paris, die geschickt in die Argumentation eingeflochten werden, und Bourjon, oft als Schöpfer der Regel bezeichnet, gibt nicht vor, einen neuen Weg zu beschreiten, sondern beruft sich auf die Recht-

65) Ripert-Boulanger II, Nr. 2823, S. 979, Fußnote 2)

sprechung des Chatelet, wobei er eigene Gedanken
hinzufügt 66).

66) Ripert-Boulanger II, Nr. 2823, S. 979 Fußnote 1):
"Généralement on attribue à Bourjon la paternité
de la maxime écrite dans l'art. 2279 C.c..
Les passages dans son livre cité à-dessus sont
en effet les plus anciens textes où on la ren-
contre. Mais on n'a pas pris garde que Bourjon
présente cette maxime comme étant de doctrine
courante. Il est fort éloigné d'employer le lan-
gage d'un créateur ... il donne au contraire
cette formule comme recue".

4. Parallelen und Unterschiede in der deutschen Rechtsentwicklung

Die geschichtliche Entwicklung in Deutschland verlief anders als im französischen Recht, wenn auch einige historische Parallelen feststellbar sind.

a) Unterschiedliche geschichtliche Motive bei der Entstehung der Vorschriften

Anders als im französischen Recht, wo sich zur Zeit der Entstehung des Art. 2279 C.c. bereits die "sûreté du commerce" als Hauptmotiv für die Einführung einer modernen Gutglaubensschutzregelung herausgeschält hatte, gibt es im deutschen Recht eine Vielzahl von Gründen, die die §§ 932 ff entscheidend mitgeprägt haben.

Zunächst einmal war man um einen möglichst großen Lösungsgleichklang mit der im ADHBG getroffenen Gutglaubensschutzregelung bemüht.

So ist in den Motiven ⁶⁷⁾ nachzulesen: "Auf eine Übereinstimmung mit dem HGB ist der größte Wert zu legen." Man wollte vermeiden, daß die Lösung des Handelsrechts und des Bürgerlichen Rechts zu weit divergierten und die Frage, ob Eigentum erworben war oder nicht, von der schwierigen Feststellung abhängig war, ob die bewegliche Sache von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb veräußert und

67) Motive, Bd. III, S. 344

übergeben worden war oder nicht⁶⁸⁾.

Die Rechtfertigung für den gutgläubigen Erwerb und den Eigentumsverlust auf Seiten des Alteigentümers wird in der Tatsache gesucht, daß der Eigentümer den unmittelbaren Besitz an seiner Sache freiwillig aufgegeben hat. Hauptsächlich an diese Tatsache werden neue Rechtsfolgen geknüpft:

"... nur gegen die Veräußerung einer Sache durch einen Nichtberechtigten kann der Eigentümer, abgesehen von den Fällen der Entziehung einer Sache, sich genügend dadurch schützen, daß er die Innehabung nicht aus der Hand gibt und dadurch dritten Personen gegenüber den Schein ausschließt, daß die Sache einem anderen gehört 69)".

Diese Erwägungen finden sich zwar auch in der französischen Entstehungsgeschichte zu Art. 2279 C.c., aber mit weit geringerem Stellenwert.

"Der Erwerber", so führen die Motive weiter aus, "ist dagegen nicht in der Lage über das Recht seines Veräußerers sich die erforderliche Gewißheit zu verschaffen. An dem Irrtum des Erwerbers über das Eigentum trägt deshalb in der Regel der Eigentümer in höherem Grade Schuld als der Erwerber, deshalb ist es der Billigkeit mehr entsprechend, den Nachteil von dem Ersten tragen zu lassen".

68) vgl. Kofferath Diss., S. 134:

"Dies ist, nebenbei bemerkt, nur unvollkommen gelungen. Denn in Deutschland muß, anders als im französischen und auch im anglo-amerikanischen Recht, genau zwischen gutem Glauben an die Verfügungsbefugnis und gutem Glauben an das Eigentum differenziert werden, vgl. §§ 932 BGB, 366 HGB".

69) Motive, Bd. III, S. 21, 344

Auch dieser Gedanke ist, wie wir bei Bourjon gesehen haben, den Schöpfern des Code civil nicht fremd gewesen: "... ainsi c'est au propriétaire à s'imputer de sa confiance 70)".

Überraschen muß jedoch, daß der Gedanke des Verkehrsschutzes, der in Frankreich von Anfang an bei der Schöpfung des Art. 2279 C.c. dominierte, nirgends besonders herausgearbeitet wurde 71).

Bourjon verknüpfte seinen neugefundenen bzw. vom Chatelet übernommenen Satz "en matière de meubles la possession vaut titre" mit alten gewohnheitsrechtlichen Gedanken wie "meubles n'ont pas de suite" und "meubles n'ont pas de suite par hypothèque". Dieser Gedanke lag nahe, obwohl der gewohnheitsrechtliche Verfolgungsausschluß des frühen Mittelalters auf völlig anderen Erwägungen beruht als die modernen Versuche, zu einer Gutglaubensschutzregelung zu kommen 72).

Auch im deutschen Recht wurde versucht, die Gutglaubensschutzregelung der §§ 932 ff. BGB aus dem germanischen Recht abzuleiten, und die Rechtsentwicklung verlief zunächst sehr ähnlich 73).

70) Bourjon, wie oben, Fußnoten 51), 52)

71) Dieser Gedanke findet sich aber in der Denkschrift zum Entwurf des BGB von 1896, Motive der 1. Kommission, Mugdan, die gesammelten Materialien zum BGB III, 1899, S. 975. Hier wird ausdrücklich von der "Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs" gesprochen

72) siehe oben Seite 59

73) Motive der 1. Kommission, Mugdan aaO., S. 989 ff.

- 1 -

b) Parallelen vor Eindringen römischrechtlichen
Gedankengutes

Die Sätze "Hand wahre Hand", "Trau, schau, wem" und "Wo Du Deinen guten Glauben gelassen hast, sollst Du ihn suchen" drücken ein Rechtsprinzip aus, das sich schon im ältesten fränkischen Recht, d.h. im 7. Jahrhundert nach Christi, findet.

Im Grunde handelt es sich um Leitsätze, die vom Grundsatz der Unzulässigkeit der Sachverfolgung ausgehen und dem "meubles n'ont pas de suite" des frühen französischen Rechts entsprechen ⁷⁴⁾.

Nur im Falle des unfreiwilligen Besitzverlustes sollte die Herausgabeklage möglich sein. Unfreiwillig wurde dabei zunächst mit den Begriffen "gestohlen" beziehungsweise "geraubt" gleichgesetzt. Erst später wurde die Sachverfolgung auch auf verlorene und auf andere Weise abhandengekommene Sachen ausgedehnt ⁷⁵⁾.

c) Unterschiede zur Zeit der Rezeption

Eine Änderung dieser germanischen Rechtsgrundsätze

74) Borchling I, S. 39, zitiert das Emsiger Landrecht: "Dit is landrecht waer eyn man enen anderen wat yn de hynt ghift, dat sal he em wedergeven, wente hant sal hant waren"; Lappenberg, Bd. I zum Billwärders Recht: "We dem anderen was lenet, de schal eme dat weder afeschen, wente hand schal hand waren"; mit derselben Aussage, jedoch ohne die griffige Hand-wahre-Hand-Formel, Art. 60 § 1 Sachsenspiegel: "Svelk man enen anderen liet oder sat perde oder en kleid, oder inegerhande varende have, to welker wis he die ut van sinen gewerten let mit sinem willen, verkopt sie die, die sie in geren hevet, oder versat he sie, oder verspelet he sie, oder wert sie ime verstolen oder afgerovet; jene die die verlegen oder versat hevet, die ne mach darumme nene vorderunge up heven, die uppe den, deme he sie leich oder versatte", vgl. Homeyer, aaO., S. 288

75) Hintergrund war wiederum, daß der Finder, der einen Fund verschwieg, dem Dieb gleichgestellt wurde, vgl. Guisan, aaO., S. 37

und deren Fortentwicklung in den diversen Land- und Stadtrechten brachte erst die Rezeption mit sich, wenn auch diese Änderungen bei weitem nicht so einschneidend waren wie im französischen Rechtskreis.

Anders als in Frankreich gingen aber in Deutschland die germanischrechtlichen Anschauungen nie völlig verloren. Das hängt einmal damit zusammen, daß man bezüglich beweglicher Sachen oft neben der "rei vindicatio" und der gleichfalls rezipierten Diebstahlsklage, der "condictio furtiva", oft zusätzlich die germanische Anefangsklage zum Eigentumsschutz einsetzte. Dies trug zur Erhaltung deutschrechtlicher Prinzipien bei.

Ferner konnte sich in Deutschland, anders als in Frankreich, der Begriff des "furtum" nie vollständig durchsetzen ⁷⁶⁾. Trotz des römischrechtlichen Einflusses behielt man in einigen Partikularrechten die althergebrachte Unterscheidung zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust bei ⁷⁷⁾. Bei Veräußerungen von Sachen durch einen Verwahrer war, anders als im römischen Recht, die Revindikation ausgeschlossen.

Eine Rechtsentwicklung ist im Rahmen dieser Arbeit besonders interessant. Erstmals wird nämlich zur Zeit der Rezeption, zur Zeit des Aufeinanderprallens römischer und germanischer Rechtsprinzipien, die nur zum Teil fortbestehende Revindikation mit Gesichtspunkten

76) Strahlendorff, aaO.; S. 35

77) z. B. die Stadtrechte von Lübeck, Hamburg und Rostock, die naturgemäß besonders handelsfreundlich sein mußten, vgl. R. Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, S. 448; Gierke, Privatrecht, S. 562; Huber, System, S. 745

der Verkehrssicherheit begründet.

Das ist deshalb so erstaunlich, weil im germanischen Recht Erwägungen der Verkehrssicherheit und des Verkehrsinteresses, wie wir oben ⁷⁸⁾ gesehen haben, keine Rolle spielten.

Hier ist ein Funktionswandel zu beobachten. Ähnlich wie Bourjon seinen neu gefundenen Satz "en matière de meubles la possession vaut titre" in einem Atemzug mit dem Satz "meubles n'ont pas de suite" nennt und den Gesichtspunkt der Verkehrssicherheit als dominierend herausstellt, werden hier die germanischrechtlichen Prinzipien als willkommene Hilfsmittel zur Stützung des Verkehrssicherungsgedankens angesehen.

Guter Glaube und titulierter Besitz wurden fast überall als Voraussetzung für die Beschränkung der Revindikation gesetzlich verankert ⁷⁹⁾.

Diese Erfordernisse auf Seiten des Erwerbers sind römischrechtlichen Ursprungs. Das germanische Recht hat im Rahmen des "Hand-wahre-Hand" - Grundsatzes nur auf die Besitzentwendung auf Seiten des Eigentümers, nie jedoch auf die subjektiven Elemente auf Seiten des Erwerbers abgestellt. Auch war ihm fremd, den Verfolgungsausschluß vom Vorliegen eines Besitztittels auf Seiten des Erwerbers abhängig zu machen.

78) siehe oben Fußnote 7), S. 59

79) Schwind, Privatrecht, S. 240
Strahlendorff, S. 36

Das französische und das deutsche Recht sind sich auf dem Gebiet des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten über gewisse Strecken verblüffend ähnlich gewesen. Das deutsche Recht wies in der Zeit vor der Entstehung der großen Kodifikationen, wie der Codex Theresianus von 1766, der Codex Maximilianus Bavaricus von 1756 und das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794, erstaunliche Parallelen zu der im französischen Recht vom Chatelet und von Bourjon gefundenen Lösung auf. In Frankreich war zwischenzeitlich germanisches Rechtsdenken völlig vom römischen Recht zurückgedrängt worden ⁸⁰⁾. Es wurde mehr oder weniger durch Zufall bei der Suche nach einer neuen verkehrsgerechten Lösung zum gutgläubigen Mobiliarerwerb wiederentdeckt. Bourjon kannte die germanischrechtlichen Prinzipien. Dem Chatelet waren sie offensichtlich unbekannt ⁸¹⁾. So kam es in Frankreich zu einer Kombination von römischrechtlichen und germanischrechtlichen Lösungsansätzen.

In Deutschland war die dort ebenfalls vorgenommene Kombination dagegen die direkte Folge des Aufeinanderpralls zweier Rechtsprinzipien, da der germanische gemeinrechtliche Ansatz nie völlig aufgegeben wurde.

Man schuf in beiden Ländern einen neuen Lösungsansatz, indem man

- vom germanischen Recht die Differenzierung von freiwilligem und unfreiwilligem Besitz-

80) siehe oben Fußnoten 12) und 13), S. 60, 61

81) vgl. Ripert-Boulanger II, Nr. 2821, S. 980:

"... les conseillers au Chatelet de Paris, qui réduisèrent la revendication mobilière au point où nous la voyons aujourd'hui, ignoraient absolument nos anciennes traditions nationales et ils se déterminèrent par des motifs que les hommes du XIII^e siècle n'auraient pas compris".

verlust übernahm und,

- dem römischen Recht entsprechend, auf der Seite des Erwerbers die Gutgläubigkeit und den titulierten Besitz einführte.

Allerdings ging man in Deutschland nicht so weit, den Besitz auf Seiten des Erwerbers als Ersatz für einen gültigen Erwerbstitel zu betrachten.

Aus dem römischen Recht abgeleitet hatte man ferner den Eigentumsbegriff, der dem germanischen Recht, wie es in Frankreich und Deutschland vor der Rezeption bestimmend gewesen war, in seiner Abstraktheit völlig fremd war.

Dasselbe galt für den Begriff der dinglichen Herausgabeklage, die die persönlichen Herausgabeklagen des germanischen Rechts, die zudem einen strafrechtlichen Charakter hatten, ersetzte.

Auch wurde in beiden Rechtsgebieten der germanisch-rechtliche Revindikationsausschluß bei freiwilligem Besitzverlust als willkommenes Hilfsmittel dafür angesehen, dem Verkehrsschutzgedanken gegenüber dem verkehrsfeindlichen römischen Recht wieder einen größeren Raum zu geben.

Erstaunen muß aber, daß im Rahmen der weiteren Rechtsentwicklung in Deutschland, vor allem aber bei der Schöpfung des BGB, nicht wie in Frankreich der Verkehrsschutzgedanke dominierend blieb und seinen Stellenwert bei der Frage nach der rechtspolitischen Berechtigung des gutgläubigen Mobiliarerwerbs behielt.

Vielmehr wurde, dem germanischen Recht in seinen Ursprüngen folgend, mehr auf die Legitimationswirkung des Besitzes abgestellt ⁸²⁾.

Obwohl man in Deutschland bereits lange Zeit vor der Schöpfung des BGB und der anderen großen Kodifikationen das Problem des gutgläubigen Erwerbs im Rahmen eines Funktionswandels germanischrechtlicher Rechtsprinzipien damit begonnen hatte, über die direkt berührten Interessen hinauszuhelien und auf das allgemeine Interesse der Verkehrssicherheit abzustellen, ließ man diesen Ansatzpunkt wieder zurücktreten.

Bei der Schöpfung des BGB wurde eine rechtspolitische Rechtfertigung vor allem in der Abwägung der Einzelinteressen der Beteiligten gesucht.

Erst in jüngster Zeit wird der Gesichtspunkt des Verkehrsinteresses wieder als der letztlich entscheidende Gesichtspunkt herausgestellt ⁸³⁾.

Umgekehrt hat das französische Recht bis heute nicht eindeutig dazu Stellung bezogen, ob Art. 2279 C.c. die Funktion eines Revindikationsausschlusses zukommen soll oder ob der Erwerber Eigentümer inter omnes werden

82) vgl. Motive Bd. III, S. 344

"Gegen die Veräußerung einer Sache kann der Eigentümer, abgesehen von den Fällen der Entziehung einer Sache, sich genügend dadurch schützen, daß er die Innehabung nicht aus der Hand gibt und dadurch dritten Personen gegenüber den Schein ausschließt, daß die Sache einem anderen gehöre".

Diese grundlegende Argumentation ist sehr stark germanischem Rechtsdenken und dem Begriff der "Gewere" verhaftet.

Huber, Gewere, aaO., S. 59, 60; Guisan, aaO., S. 33 ff.

83) Zweigert, RabelsZ 23 (1958), S. 1, 13

soll ⁸⁴⁾. Hier scheint das deutsche Recht schon zur Zeit der Rezeption konsequenter gewesen zu sein:

Ohne germanisches Gedankengut aufzuheben, hatte man schon beim Eindringen der römischen "nemo plus iuris ..." Maxime versucht, die germanischrechtliche Beschränkung der Fahrnisverfolgung und die ihr entgegenstehende "rei vindicatio" in Einklang zu bringen. Man erkannte, daß ein wirksamer Ausschluß der Fahrnisverfolgung nach Eindringen der Revindikationsklage nach römischem Vorbild nur dann gewährleistet werden konnte, wenn man dem gutgläubigen Besitzer das Eigentum an der Sache zusprach. Man steigerte damit die relative Wirkung des "Hand-wahre-Hand" Satzes zur absoluten Wirkung "inter omnes". Im deutschen Recht kam es somit durch den Einfluß des römischen Rechts und durch die Bestrebungen, es nicht gänzlich zu rezipieren, sondern mit germanischen Rechtsprinzipien unter dem Gesichtspunkt der Verkehrssicherheit zu kombinieren, zur Überwindung der rein prozessualen Beschränkung der Fahrnisverfolgung, wie sie das germanische Recht gekannt hatte, zur materiellen Konsequenz des gutgläubigen Erwerbs ⁸⁵⁾.

So ist erstaunlich, daß im deutschen Recht schon zur Zeit der Rezeption Lösungsansätze vorhanden waren, die sehr stark an den besitzrechtlichen Lösungsansatz, wie ihn Bourjon formulierte, erinnern.

84) Besonders problematisch sind dabei die Fälle, in denen der gutgläubige Erwerber den Besitz an der Sache wieder aufgibt.

85) Strahlendorff, S. 37; Gierke, Privatrecht II, S. 556; Schwind, Privatrecht, S. 241

Dabei scheint man noch einen Schritt weitergegangen zu sein, als Bourjon und das Chatelet, die sich nicht eindeutig darin festlegen, ob der Erwerber Eigentum zugesprochen bekommen oder lediglich gegen die Revindikation des Alteigentümers geschützt werden soll, solange er den Besitz an der Sache behält ⁸⁶⁾.

86) Den Fall, daß eine bereits gutgläubig erworbene Sache in die Hände des Alteigentümers zurückgelangt, sah man nicht.

II. "Prima facie" Ähnlichkeiten der französischen Regelung

1. Parallelen des Art. 2279 C.c. zu § 1006 BGB

Liest man bzw. übersetzt man den Wortlaut des Art. 2279 Al. 1 C.c., so fühlt man sich spontan an § 1006 I BGB erinnert.

Art. 2279 Al. 1 C.c. bestimmt:

"En fait de meubles la possession vaut titre" ¹⁾.

"Bei beweglichen Sachen gilt der Besitz als Titel".

§ 1006 I BGB lautet wie folgt:

"Zu Gunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermutet, daß er Eigentümer der Sache sei".

Diese Parallelität im Wortlaut der Bestimmungen reicht sogar bis in die Ausnahmen hinein:

Art. 2279 C.c. Al. 2 lautet:

"Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose ..."

"Wenn aber jemand die Sache verloren hat jemandem eine Sache gestohlen wurde ..."

§ 1006 I Satz 2 BGB bestimmt:

"Dies gilt aber nicht einem früheren Besitzer gegenüber, dem die Sache gestohlen, verlorengegangen oder sonst abhanden gekommen ist".

Beide Bestimmungen machen also eine Ausnahme im Falle des unfreiwilligen Besitzverlustes.

1) Es ist zu ergänzen: "... de propriété", Eigentumstitel

Es ist danach eine erstaunliche Ähnlichkeit der Beweisregel des § 1006 BGB und dem Art. 2279 C.c., der Vorschrift also, die den gesamten gutgläubigen Mobiliarerwerb in Frankreich regelt, festzustellen.

2. Parallelen des Art. 2279 C.c. zu § 937 BGB

Als nächstes muß den deutschen Juristen, der sich mit der Regelung des Art. 2279 C.c. beschäftigt, verwirren, daß er diese Vorschrift unter dem Kapitel "De la prescription, section IV, de quelques prescriptions particulières", findet, also unter den speziellen Ersitzungsvorschriften.

Wirft man nun einen Blick auf die Regelung des BGB zur Mobiliarerbsitzung, so stellt man wiederum überraschende Parallelen fest. Und zwar ähneln sich Art. 2279 C.c. und § 937 BGB stark. Sowohl § 937 BGB als auch Art. 2279 C.c. führen zum Eigentumserwerb dessen, der eine Sache in Eigenbesitz hat. Ferner muß derjenige, der die Sache in Besitz hat, gutgläubig sein. Das geht eindeutig aus § 937 BGB hervor. Dagegen fehlt im französischen Recht in Art. 2279 C.c. ein ausdrückliches Erfordernis des guten Glaubens. Der gute Glaube wird aber dennoch als Voraussetzung für das Eingreifen dieser Vorschrift gefordert, worauf noch im folgenden einzugehen sein wird ²⁾.

Es fehlt dagegen in Art. 2279 C.c., anders als in § 937 BGB, eine bestimmte Ersitzungsfrist, nach der der Eigentumserwerb eintreten soll. Dieser soll vielmehr sofort ohne eine fest bestimmte Zeitspanne, in der der Besitzer die Sache in Eigenbesitz gehabt haben muß, erfolgen. Es handelt sich also um eine Ersitzung ohne Ersitzungsfrist.

2) Req. 22. Mai 1906, D.P. 1906.1.351; 11. Jan. 1937, D.H. 1937.97; Civ.1er, 16. Juni 1971, D. 1971.566

Dies klingt widersprüchlich; daß aber die Assoziation des Art. 2279 C.c. mit einer Ersitzungsvorschrift nahe-
liegt, wird, abgesehen von der Stellung des Art. 2279C.c.
in der französischen Gesetzessystematik, aus der fran-
zösischen Lehre zur rechtspolitischen Einordnung des
Art. 2279 C.c. deutlich.

Unter der Vielzahl der Theorien, die sich um eine rechts-
politische Rechtfertigung der Vorschrift bemühen, gibt
es die der "prescription instantanée". Art. 2279 C.c.
wird als eine Ersitzungsvorschrift aufgefaßt, ohne daß
allerdings eine Ersitzungsfrist notwendig ist.

Ohne uns an dieser Stelle näher mit den Theorien zu
Art. 2279 C.c. zu befassen, kann festgehalten werden,
daß Art. 2279 C.c. wie eine Ersitzungsvorschrift
"funktioniert", mit dem Unterschied, daß ein Eigentums-
erwerb sofort und nicht erst nach Ablauf einer ge-
wissen Zeitspanne erfolgt. Hübner ³⁾ hat aufgezeigt, daß
die Zuordnung des gutgläubigen Mobiliarerwerbs zur
Ersitzung letztlich logisch zwingend ist, wenn man den
Gutglaubenserwerb als eine "originäre" Art des Erwerbs
sieht.

3) Hübner, aaO., S. 47 "Je mehr man die Funktion des
Instituts in der Zuordnung des umstrittenen Rechtsquits
erkannte, desto eher hätte man geneigt sein müssen,
den Erwerbsvorgang der Ersitzung anzugleichen und in
ihm einen Fall des originären Erwerbs zu sehen. Diese
Tendenz findet im französischen Recht schon dadurch
Ausdruck, daß Art. 2279 C.c. in den Zusammenhang mit
der Verjährung gestellt wurde und der Rechtserwerb
wohl nach einhelliger Meinung ohne Rücksicht auf die
Art des Erwerbsgeschäftes eintritt".
vgl. auch Zachariae Crome, HB des franz. Zivilrechts,
I.334, Stillschweig, aaO., S. 155
Zur Theorie der "prescription instantanée" vgl.
Marty-Raynaud II Nr. 391

3. Klärung

Die Parallelität der Regelung des Art. 2279 C.c. mit der Beweisregel des § 1006 BGB sowie mit der Ersitzungsregelung in § 937 BGB ist zunächst verwirrend. Sie wird aber schon dann verständlicher, wenn man sich von dem Gedanken löst, bei Art. 2279 C.c. handle es sich um eine Spezialregelung für den gutgläubigen Mobiliarerwerb. Die Funktion des Art. 2279 C.c. ist viel komplexer. Er regelt sowohl die Fälle, die im BGB von § 1006 erfaßt werden, als auch den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten, wie er detailliert in § 932 BGB festgehalten ist. Art. 2279 C.c. kommt eine Doppelfunktion zu, je nachdem in welche Rechtsbeziehungen er eingreift.

In der Beziehung des Erwerbers zu seinem unmittelbaren Rechtsvorgänger kommt ihm die Funktion zu, die der des § 1006 BGB entspricht. Der Besitz soll dem Besitzer lediglich den Beweis seines rechtmäßigen Eigentums erleichtern, bewirkt aber selbst noch keinen Eigentumserwerb.

In der Beziehung Alteigentümer - gutgläubiger Dritter übernimmt er dagegen die Aufgabe, die im deutschen Recht den §§ 932 ff. BGB zukommt. Dabei entspricht die Gesetzestechnik, mit Ausnahme der Fristbestimmung, weitgehend der des § 937 BGB.

Da hier der gutgläubige Mobiliarerwerb untersucht und einer rechtsvergleichenden Wertung unterzogen werden soll, muß diese Funktion des Art. 2279 C.c. vorrangig behandelt werden.

Dennoch kann nicht vollständig auf eine Darstellung der beweisrechtlichen Funktion des Art. 2279 C.c. verzichtet werden, da beide Funktionen unterschiedliche Anforderungen an das Erwerbsgeschäft stellen, die voneinander abgegrenzt werden müssen.

Auch die Rechtsfolgen des Art. 2279 C.c. hängen entscheidend davon ab, in welcher Funktion die Vorschrift eingreift.

Die Komprimierung der Regelung des gutgläubigen Mobiliarerwerbs auf eine äußerst knappe Formel, die zudem noch einen großen Teil des Besitzschutzes mit abdecken soll, bringt zwangsläufig mit sich, daß der gesamte Regelungsinhalt des Art. 2279 C.c. zunächst nicht klar hervortritt.

III. Der "Garagisten - Fall" als Ausgangspunkt rechtsvergleichender Überlegungen

Einen guten Einblick in die Technik und Konsequenz des besitzrechtlichen Lösungsansatzes bietet eine Kassationshofentscheidung aus dem Jahre 1972, die im folgenden näher behandelt werden soll ⁴⁾.

Es handelt sich um den "Garagisten - Fall", der die Bedeutung des Besitzes auf Erwerberseite im französischen Gutglaubensschutz gut veranschaulicht.

4) Cass.5. Okt. 1972, D. 1973.1

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Eigentümer eines Autos hatte jemanden mit dem Verkauf seines Wagens betraut und ihm das Auto mit sämtlichen Papieren überlassen. Die betraute Person verkaufte den Wagen, gerierte sich dabei aber als Eigentümer und behielt den Verkaufspreis ein. Nachforschungen, die der Eigentümer anstrebte, ergaben, daß der Wagen von einem Tankstellenbesitzer in gutem Glauben erworben worden war. Der Polizei gelang es jedoch, den Tankstellenbesitzer als Erwerber zu ermitteln und ihn über den genauen Sachverhalt aufzuklären. Die Polizei bat den Erwerber, den Wagen dem Alteigentümer zurückzugeben, was dieser auch bereitwillig tat. Über die genaue Rechtslage aufgeklärt, berief sich der Tankstellenbesitzer jedoch auf Art. 2279 C.c. und stellte sich auf den Standpunkt, er habe gutgläubig Eigentum an dem Wagen erworben. Er verlangte den Wagen zurück und ersatzweise Wertersatz. Seiner Klage wurde zunächst stattgegeben, der Kassationshof wies letztinstanzlich die Klage jedoch zurück.

Der Kassationshof stützte seine Entscheidung darauf, daß Art. 2279 C.c. nicht mehr zugunsten des Erwerbers eingreifen konnte, da er den Besitz, die "possession", aufgegeben hatte, indem er den Wagen auf Veranlassung der Polizei zurückgab. Der alte Alteigentümer verbinde erneut Eigentum und Besitz in seiner Person und sei dem Tankstellenbesitzer zu nichts verpflichtet.

Ohne auf die Einzelheiten der Regelung einzugehen, wird bereits deutlich, daß ein derartiges Ergebnis nur durch den besitzrechtlichen Ansatz des Art. 2279 C.c. bedingt sein kann. Die Stellung des Erwerbers ist ganz entscheidend davon geprägt, ob er im Besitz der Sache ist oder nicht. Dem französischen Recht ist abstraktes, dingliches Eigentum fremd. Demzufolge stellt sich

nicht die Frage, wer Eigentümer mit sämtlichen Rechten und Pflichten geworden ist. Das französische Recht stellt die Frage:

Ist die rei vindicatio zulässig oder nicht?

"La possession vaut titre", der Besitz soll als Eigentumstitel gelten. Das Eigentum ist also immer dann gefährdet, wenn der Besitz an einer Mobilität wieder aufgegeben wird, nachdem zunächst gemäß Art. 2279 C.c. Eigentum erworben, beziehungsweise die Vindikation ausgeschlossen war.

Nach deutschem Recht hätte eine Rückgabe der Sache durch einen gutgläubigen Besitzer auf Veranlassung der Polizei noch nicht zu einem Eigentumsverlust geführt, solange keine Eigentumsübertragung im Sinne des § 929 BGB vorgelegen hätte. Wenn Eigentum übertragen worden wäre, so hätte der Tankstellenbesitzer, wie jeder andere Eigentümer, auch ein Entgelt verlangen können.

Der Gedanke, daß allein die Besitzaufgabe nach bereits erfolgtem Gutglaubenserwerb und das erneute Zusammenfallen von Besitz und Eigentum in der Hand des Alteigentümers diesen gutgläubigen Erwerb wieder zunichte macht, ist im deutschen Recht schwer nachzuvollziehen.

Interessant ist, daß von Tuhr ⁵⁾ in seiner vergleichenden Abhandlung vom Eigentumserwerb im französischen und deutschen Recht bereits vorhergesehen hat, daß - durch die verschiedenen Lösungsansätze bedingt - derart unterschiedliche Ergebnisse möglich sind. Er konstruierte

5) von Tuhr, Eigentumserwerb an Mobilien nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch verglichen mit dem Recht des C.c., Straßburg, 1899, Puchelts Zeitschrift (Rheinische Zeitschrift für französisches Zivilrecht 30), 1899, S. 527 - 549

einen Fall, der deutlich machen soll, daß der gutgläubige Erwerb von beweglichen Sachen nach französischem Recht entscheidend davon abhängt, daß der Erwerber die "possession", den Besitz, an der Sache behält. Dieser Fall liegt auf ähnlicher Ebene wie der in jüngster Zeit entschiedene "Garagisten - Fall". Im einzelnen legte von Tuhr folgenden fiktiven Sachverhalt zugrunde:

"A deponiert sein Fahrrad bei einem Händler; der Händler verkauft während einer Reise des A an den gutgläubigen B. Nach einiger Zeit nun deponiert B das Fahrrad bei demselben Händler. Als nun A von seiner Reise zurückkehrt und sein Fahrrad abholt, gibt es ihm der Händler, ohne ihm von dem Verkauf an B etwas zu sagen. Kann B das Fahrrad nun von A verlangen?"

Genau wie im "Garagisten - Fall" gibt der gutgläubige Erwerber die Sache aus den Händen und diese gelangt wieder in den Besitz des Alteigentümers. Nach deutschem Recht wäre der gutgläubige B in diesem Fall Eigentümer geblieben, denn er wollte niemandem das Eigentum an dem Fahrrad übertragen. Der Alteigentümer konnte auch nicht gutgläubig Eigentum an dem ihm vormals gehörenden Fahrrad erwerben, denn dazu hätte es einer Einigung gemäß § 929 BGB mit dem Händler bedurft, wie sie im Rahmen des § 932 BGB nötig ist.

Anders löst das französische Recht. Hier wird A vollkommen durch Art. 2279 C.c. geschützt. B dagegen hat mit der "possession" auch das soeben erworbene Eigentum an der Sache wieder verloren und kann sich nur an den Händler halten. Hier wird ein Hauptunterschied der deutschen zur französischen Regelung deutlich.

Im französischen Recht soll der Besitz, die "possession" auf Seiten des Erwerbers den Erwerbsgrund, den "titre"

ersetzen. Im deutschen Recht dagegen muß ein Eigentumserwerbsgrund in Form einer dinglichen Einigung stets vorliegen. Beim gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten wird lediglich das fehlende "dominium auctoris", die fehlende Verfügungsmacht, durch den guten Glauben ersetzt ⁶⁾. Nach § 932 BGB wird der gutgläubige Erwerber nicht nur gegen die Revindikation des Eigentümers geschützt, sondern er wird Eigentümer mit allen Konsequenzen, die sich aus dieser Rechtsstellung ergeben. Dies läßt sich für das französische Recht, wie die soeben besprochenen Fälle verdeutlichen konnten, nicht eindeutig sagen. Dabei erkannte von Tuhr die soeben aufgezeigte Konsequenz des besitzrechtlichen Lösungsansatzes weit eher, als diese spezielle Problematik in der gerichtlichen Praxis deutlich wurde.

IV. Die Ausgestaltung des Erwerbs vom Nichtberechtigten im heutigen französischen Recht

1. Art. 2279 C.c.

a) Die von Art. 2279 C.c. erfaßten beweglichen Sachen

Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, daß jede Rechtsordnung, die einen gutgläubigen Erwerb an beweglichen Sachen zuläßt, den Erwerber dann in den Schutzbereich ihrer Regelung einbezieht, wenn es sich um eine bewegliche, körperliche, individuell bestimmbare Sache handelt, die nicht in öffentlichen Registern eingetragen ist und nicht auf andere Weise vom Warenverkehr ausgeschlossen worden ist ⁷⁾. Im folgenden soll die genaue Ausgestaltung der von der Regelung des Art. 2279 C.c. erfaßten Sachen untersucht werden.

6) von Tuhr aaO., S. 540

7) Sauveplanne, Rapport comparatif. La protection de l'acquéreur de bonne foi d'objets mobiliers corporels, Unidroit, Rom, Annuaire 1961, S. 43 f

aa) Körperliche Sachen "meubles corporels"

Art. 2279 C.c. greift nur bei körperlichen, beweglichen Sachen ein. Das hat zur Folge, daß Forderungen grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des Art. 2279 C.c. fallen. Dasselbe gilt für Warenwechsel und jegliche Art von literarischem sowie künstlerischem Eigentum ⁸⁾.

(1) Sonderstellung von Nießbrauchs- und Pfandrechten

Von dieser Grundregel gibt es jedoch Ausnahmen. Alle dinglichen Rechte, die eine bewegliche Sache belasten, fallen unter den Anwendungsbereich des Art. 2279 C.c.. Nießbrauchs- und Pfandrechte an beweglichen Sachen können gemäß Art. 2279 C.c. gutgläubig erworben werden. Insoweit entspricht Art. 2279 C.c. funktional zusätzlich den §§ 1244 und 1032 BGB.

Dies ergibt sich aus dem besitzrechtlichen Lösungsansatz der französischen Regelung. Nießbrauch und Pfandrecht setzen immer den Besitz, die "possession", auf Seiten des Nießbrauchers und Pfandgläubigers voraus, vgl. Art. 578, 2071, 2073, 2076 C.c.. Das Erfordernis der "possession", das in diesen Vorschriften normiert wird, hat immer zur Folge, daß Pfandrecht und Nießbrauchsrecht unter den Satz "en fait

8) Civ. 2. Dez. 1956, D.P. 56.1, 443;
Cass. reg. 4. Nov. 1902, D. 1903, 1, 44
Bei Schriftstücken muß dabei noch differenziert werden; was ihre Eigenschaft als körperliche Sache anbetrifft, so fallen sie selbstverständlich unter die Regel des Art. 2279 C.c., dagegen nicht die Rechte zur Veröffentlichung, das für dieses Schriftstück besteht. vgl. Civ. 26. Feb. 1919, D.P. 1.215;
Trib. civ. Seine, 15. Nov. 1927, D.P. 2, 89 Anm.
Nast

de meubles la possession vaut titre" fallen ⁹⁾.

9) vgl. speziell zum Besitz beim Pfandrecht Civ.
18. Mai 1898, D.P. 1900, 1, 481;
Anm. M. Sarrut: "Il est de l'essence du contrat
de nantissement que la chose donnée en gage soit
mise de la possession du créancier ou d'un tiers
convenu".

(2) Sonderfall bei Mobiliarhypothek, Eigentumsvorbehalt

Eine Sonderstellung nimmt die Mobiliarhypothek an Automobilen im französischen Recht ein, die im Dekret vom 29.12.1934, geändert am 30.9.1953 sowie 2.8.1957, geregelt ist.

Diese Sicherung steht auf derselben Ebene wie andere besitzlose Pfandrechte, die in Spezialgesetzen geregelt sind, vgl. Gesetz vom 17.3.1909 betreffend den Verkauf und die Verpfändung von Handelsgeschäften, "fonds de commerce", Gesetz vom 18.1.1951 betreffend die Verpfändung von Werkzeugen und anderen Ausrüstungsgegenständen.

Bei diesen Pfandrechten handelt es sich um ausnahmsweise zugelassene faustpfandlose Sicherungen, die funktional auf ähnlicher Ebene liegen wie die Sicherungsübereignung und der Eigentumsvorbehalt im deutschen Recht. Die letztgenannten Sicherungsmittel sind nicht mit denselben Wirkungen in das französische Recht transponierbar:

Die Sicherungsübereignung scheitert im französischen Recht an der stark ausgeprägten Publizitätsfunktion des Besitzes, wie sie am deutlichsten in Art. 2279 C.c. zum Ausdruck kommt ¹⁰⁾. Der Eigentumsvorbehalt ist ebenfalls als Sicherungsmittel nicht uneingeschränkt geeignet. Dies soll in diesem Zusammenhang kurz dargestellt werden:

Beim Konkurs oder Vergleich des Käufers, welcher die Kaufsache bereits erhalten hat, konnte ein Eigentums-

10) Ferid II 3 A 14, S. 882, II D, 54 - 56

vorbehalt im französischen Recht bisher nicht durchgreifen. Dem Verkäufer stand, nach deutscher Terminologie, kein Anspruch auf Aussonderung zu. Zwar werden auch im französischen Recht grundsätzlich nur die Vermögensgegenstände, die im Eigentum des Gemeinschuldners stehen, in die Konkursmasse einbezogen. Bei der Lösung des Interessentenkonflikts zwischen Eigentum des Vorbehaltsverkäufers und Konkursmasse zeigte sich, daß im französischen Recht weniger die Rechtsstellung an sich als vielmehr deren Durchsetzbarkeit, d.h. der prozessuale Anspruch, bestimmend für das Rechtsdenken ist.

So wurde es im französischen Recht durchaus nicht als Widerspruch aufgefaßt, daß dem Vorbehaltsverkäufer zwar das Eigentum an der Kaufsache zuerkannt, ihm aber nicht gleichzeitig das Recht gewährt wurde, im Konkurs oder Vergleich sein Eigentumsrecht im Wege eines Herausgabeanspruchs geltend zu machen.

Diese bisher eindeutige und dem deutschen Rechtsdenken zunächst fremde Rechtsauffassung ist jedoch durch ein am 12.5.1980 verkündetes Gesetz "betreffend die Wirkung der Eigentumsvorbehaltsklauseln in den Kaufverträgen" ins Wanken geraten.

Dieses Gesetz berichtigt die französische Konkursordnung mit der Folge, daß der Eigentumsvorbehalt nunmehr auch im Konkurs oder Vergleich des Käufers geltend gemacht werden kann.

Die Neuregelung des Eigentumsvorbehaltes im französischen Recht ist in ihren Konsequenzen auf den Gutgläubenserwerb bisher noch nicht völlig abgeklärt.

So ist bisher weitgehend offen, ob das Schriftform-
erfordernis für die wirksame Vereinbarung eines
Eigentumsvorbehalts nur der Übersendung schriftlicher
Allgemeiner Geschäftsbedingungen oder eines von bei-
den Teilen unterzeichneten Vertrages bedarf.

Es wird sich in Zukunft zeigen, inwieweit dieser
neu normierte Eigentumsvorbehalt Schutz vor dem gut-
gläubigen Eigentumserwerb des Nichteigentümers gem.
Art. 2279 C.c. gewährt 11).

Bei der Mobiliarhypothek, wie sie im französischen
Recht bei Automobilkäufen Anwendung findet, wird die
im französischen Recht starr fixierte Publizitäts-
wirkung des Besitzes durchbrochen. Bei der Mobiliar-
hypothek an Automobilen, wie bei den anderen, so-
eben aufgeführten Pfandrechten, verzichtet das fran-
zösische Recht auf die tatsächliche Innehabung der
Sache auf Seiten des Pfandgläubigers.

11) vgl. von Breitenstein, Der Eigentumsvorbehalt im
französischen Recht, RIW/AWD - Recht der Interna-
tionalen Wirtschaft, 1980, S. 682 ff.

Art. 65 des Gesetzes vom 13.7.1967, ergänzt durch
Gesetz vom 12.5.1980 lautet:

"Peuvent être revendiquées, aussi longtemps qu'
elles existent en nature, les marchandises con-
signées au débiteur, soit à titre de dépôt, soit
pour être vendues pour le compte du propriétaire,
aussi que les marchandises vendues avec une clause
suspendant le transfert de propriété ou paiement
intégral du prix lorsque cette clause a été con-
venue entre les parties dans un écrit établi, au
plus tard, au moment de la livraison".

Das Vorliegen der "possession" auf Seiten des Verkäufers wird lediglich fingiert. Auf diese Weise erzielt man für den Verkäufer eine brauchbare dingliche Sicherung, ohne den Käufer in irgendeiner Weise in der Nutzung des Sicherungsgutes einzuschränken. Im einzelnen löst das französische Recht wie folgt:

Art. 2. des Dekrets vom 30.9.1953 bestimmt, daß der Verkäufer beziehungsweise andere Geldgeber des Käufers den Kaufvertrag bei der Präfektur, die den Wagen zuläßt und die sogenannte "carte grise", ein Verwaltungspapier ohne Funktion eines Besitz- oder Erwerbstitels, ausstellt, hinterlegen müssen. Dort wird dann eine Mobiliarhypothek in einem hierfür eingerichteten Register eingetragen.

Der Verkäufer beziehungsweise Geldgeber, der die Mobiliarhypothek hat eintragen lassen, erhält danach eine Bestätigung über die Eintragung in das Register der zuständigen Präfektur. Von dem Moment an, in dem er diese Bestätigung ausgehändigt bekommt, wird er so behandelt, als hätte er nie den Besitz, die "possession", an der Kaufsache aufgegeben ¹²⁾.

Wörtlich bestimmt Art. 2 Abs. 3 am Ende des Dekrets:

"Par la délivrance de ce reçu le créancier gagiste sera réputé avoir conservé la marchandise en sa possession".

Durch diese Fiktion ist Art. 2071 C.c. Genüge getan, der die Besitzüberlassung an den Gläubiger einer Mobiliarhypothek fordert. Die Grenzen dieser Besitzfiktion

12) Diese Konstruktion ähnelt der des kaufmännischen Ladescheins, dessen Übergabe gem. § 450 HGB dieselbe Wirkung hat, wie die Übergabe des Gutes. Zum Kfz-Erwerb in Deutschland und Frankreich vgl. Endreß, DAR 1959, S. 116

zeigen sich jedoch sehr bald. Art. 2279 C.c. wird nämlich durch diese Besitzfiktion nicht ausgeschlossen. Sobald der Erwerb eines Automobils vom Nichtberechtigten rechtlich zu würdigen ist, erweist sich der tatsächliche Besitz stärker als die Besitzfiktion, die Art. 2 Abs. 3 des Dekrets aufstellt ¹³⁾. Entscheidend sind allein tatsächliche "possession" und "bonne foi". Dem Grundsatz nach ist somit bei besitzlosen Pfandrechten gutgläubiger lastenfreier Erwerb gem. Art. 2279 C.c. möglich. Insoweit wird funktional ein dem § 936 BGB entsprechendes Ergebnis erzielt.

Man wollte für den Verkäufer beziehungsweise Geldgeber ein Sicherungsmittel schaffen, das ihm eine bevorzugte Befriedigung seiner Forderungen sicherte, vgl. Art. 2073 C.c.. Ferner wollte man ihm ein Verwertungsrecht einräumen, vgl. Art. 2078 C.c.. Die Besitzfiktion sollte jedoch nach dem Willen des Gesetzgebers nicht dazu führen, den Erwerb vom Nichtberechtigten grundsätzlich auszuschließen, wie dies im italienischen Recht der Fall ist, wo die Eintragung in das Automobilregister grundsätzlich als Eigentumsvermutung gilt.

Die Sonderregelung, die der französische Gesetzgeber für den Kreditkauf bei Automobilen getroffen hat, führt zu dem sonderbaren Ergebnis, daß trotz Eintragung eines Pfandrechts in einem Register der Erwerb vom Nichtberechtigten zunächst unbeschränkt möglich bleibt. Allerdings werden an den guten Glauben im Sinne des Art. 2279 C.c. strengere Kriterien angelegt, denn der Käufer

13) Lyon 14. März 1954, D. 1955, 460, Anm. Gervésie und Chavrier; Ripert-Boulanger III, Nr. 1262 zum italienischen Recht vgl. Art. 6 R des Dekrets vom 5. März 1927, Nr. 436, das die Registereintragung von Automobilen denselben Publizitätsprinzipien unterwirft wie Immobilien, vgl. Cass. it., 11. Mai 1951, rep. foro it., 1951, 305

hätte in der Regel Einsicht in das Register nehmen können.

Der Geldgeber beziehungsweise Verkäufer wird durch die besitzlosen Pfandrechte demnach wesentlich stärker geschützt als durch die Vorzugsrechte des Art. 2102 C.c., insbesondere durch die verstärkten Anforderungen an den guten Glauben in Art. 2279 C.c.

Diese in Art. 2102 C.c. normierten "privilèges spéciaux mobiliers" gewähren dem Gläubiger und Verkäufer einer Sache zwar gewisse Vorzugsrechte, "droits de préférence". Diese sind jedoch weder konkursfest, noch sind sie dazu geeignet, den Gutgläubenserwerb gem. Art. 2279 C.c. einzuschränken ¹⁴⁾.

Es bleibt abzuwarten, inwieweit die Stellung des Verkäufers, der sich im Schutzbereich der besitzlosen Pfandrechte befindet, durch die neuen gesetzlichen Bestimmungen zum Eigentumsvorbehalt eine weitere Stärkung erfährt.

bb) Ausschluß des Art. 2279 C.c. bei in öffentlichen Registern geführten Sachen

Der Grundsatz, daß bei einer Registrierung der Sache in einem öffentlichen Register der Art. 2279 C.c. nicht eingreift, gilt bis auf die soeben beschriebene Ausnahme beim Automobilkreditkauf im französischen Recht unbeschränkt.

So werden alle Seeschiffe, cgl. C. com. Art. 195; C. domaines Art. 343 ff. sowie Binnenschiffe, die mindestens 20 Tonnen verdrängen, sowie Flugzeuge, vgl.

14) Ripert-Boulanger III, Nr. 1067, 1090

Gesetz vom 31. Mai 1924, Art. 2 u. 12 in öffentlichen Registern geführt. Art. 2279 C.c. kann hier nicht eingreifen. Bei Mobilien, die einen sehr hohen Wert verkörpern, tritt, wie bei Immobilien, die Publizität der Eintragung an die Stelle der Publizität des Besitzes. Diese vollständige Verdrängung der Publizität des Besitzes erfolgt jedoch nur dann, wenn die Eintragung einer Sache in einem Register imperativ gefordert wird, nicht jedoch dann, wenn sie nur fakultativ ist. Steht die Registereintragung nur im Belieben des Eigentümers, so spricht viel dafür, die Grundsätze des gutgläubigen Mobiliärerwerbs vom Nichtberechtigten uneingeschränkt eingreifen zu lassen.

Im französischen Recht besteht bis heute Streit darüber, ob die Eintragung von nicht wirtschaftlich genutzten Schiffen, also Freizeitbooten, "bateaux de plaisance", als fakultativ oder imperativ angesehen werden muß. Es besteht daher Streit, ob Art. 2279 C.c. Anwendung finden soll oder nicht ¹⁵⁾. Eine spezielle Regelung für den Fall, daß der Erwerber auf eine - unrichtige - Eintragung vertraut, fehlt im französischen Recht ¹⁶⁾. Dies ist letztlich die Ursache des Meinungsstreits.

15) Für die Anwendung: Cour d'Aix, 10. Feb. 1947, D. 1948, 67; S. 1948.2.183 Anm. Jambu-Merlin, Sem.-Jur. 1948 3751, Anm. Hemard, dagegen: Trib. civ. Morlaix, 2. Juli 1947 (abgedruckt wie Cour d'Aix 10. Feb. 1947). Die Cour de cassation tritt für eine Anwendung des Art. 2279 C.c. ein: Com. 20. Nov. 1951, Bull. civ. 1951, Nr. 34

Auf derselben Ebene liegt im italienischen Recht die Problematik der Eintragung bestimmter Arten von Automobilen in ein Register, wenn diese Eintragung fakultativ ist. Hier entschied der Kassationshof sich für eine uneingeschränkte Anwendung der Vorschriften für den Erwerb vom Nichtberechtigten, vgl. Urteil vom 18. Juni 1954 gino. it. 1955 I, 1, 692 mit Anmerkung Montel.

16) Sauveplanne, rapport comparatif, S. 19

cc) Ausschluß des Art. 2279 C.c. bei "universalités de meubles"

Die französische Rechtsprechung hat mangels einer ausdrücklichen Regelung im Gesetz die Anwendbarkeit des Art. 2279 C.c. stets dann abgelehnt, wenn Mobilien nicht individuell bestimmbar sind und es sich um Sachgesamtheiten, "universalités de meubles", handelt¹⁷⁾. Besitz und guter Glaube müssen stets bestimmten Mobilien zugeordnet werden können.

So kann Art. 2279 C.c. zum Beispiel auf eine Erbschaft als Ganzes nicht Anwendung finden, wohl aber auf einzelne Sachen, die zu dieser Erbschaft gehören, mit Wirkung nur für die jeweiligen Sachen.

Außer den Fällen der Erbschaft sind, was die Problematik des Erwerbs von Sachgesamtheiten anbetrifft, vor allem die Fälle des Erwerbs eines gesamten Handelsgeschäfts mit den dazugehörigen Gütern bedeutsam. Das französische Recht spricht hier vom sogenannten "fond de commerce". Dieser umfaßt nicht nur Waren und materielle Werte, sondern auch die Kundschaft, den "goodwill", sowie Firmenzeichen, Mietverträge, etc. Es handelt sich um eine Rechtsgesamtheit, eine "universalité juridique", die eine Sachgesamtheit miteinschließt und nicht als Ganzes vom Nichtberechtigten erworben werden kann¹⁸⁾. Vielmehr müssen die Voraussetzungen des Art. 2279 C.c. für jede Mobilie gesondert durchgeprüft werden.

Im deutschen Recht ist Besitz ebenfalls nur an individuell bestimmbarbaren Sachen, nicht aber an einer Sachgesamtheit möglich¹⁹⁾. Beim Gutgläubenserwerb führt überdies der Bestimmtheitsgrundsatz des Sachenrechts dazu, daß ein

17) Cass. 13. Mai 1889, D.P. 90.1.173

18) Civ. 16. Jan. 1914, D.P. 1914.1.112; Req. 13. Mai 1889, D.P. 9.1.1.173; Aix. 3. Feb. 1902, D.P. 1904.2.289 mit Anm. Planiol

19) vgl. Staudinger-Seufert, § 854 Rn. 19; Vor. § 90

gutgläubiger Erwerb von Sachgesamtheiten nicht möglich ist. Es handelt sich um einen Grundsatz, der jede Rechtsordnung durchzieht, die den gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen regelt, mit dem Unterschied, daß dieser Grundsatz entweder durch die Rechtsprechung festgehalten und bestätigt wird ^{19 a)} oder aber ihren gesetzlichen Niederschlag findet, wie zum Beispiel in Art. 1156 des italienischen Codice civile.

- dd) Ausschluß des Art. 2279 C.c. bei Sachen, die vom Warenverkehr ausgeschlossen sind ("res extra commercium")

In jeder Rechtsordnung gibt es bewegliche Sachen, die durch ihre besondere Eigenart nicht den Regeln über den normalen Warenaustausch folgen können und die der Gesetzgeber daher besonderen Regelungen unterwirft. Diese Gruppe von Sachen wird konsequent auch vom Gutglaubenserwerb ausgeschlossen. Dies kann auf verschiedene Weise geschehen.

Im französischen Recht ist der Warenverkehr an Sachen, die zur "domaine public", zum öffentlichen Eigentum, gehören, grundsätzlich ausgeschlossen. Folglich ist an solchen Sachen auch kein Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten möglich. Die Frage, welche Sachen im einzelnen zur "domaine public" gehören, wird jedoch nicht einheitlich beantwortet. So besteht Streit darüber, ob Kunstobjekte in Museen sowie Manuskripte in Bibliotheken in die "domaine public" einzuordnen sind oder nicht ²⁰⁾. Sind dagegen Sachen vom Gesetz ausdrücklich als unveräußerbar bezeichnet worden, können sie auf keinen Fall von gutgläubigen Dritten erworben werden. Das Gesetz über die

19 a) vgl. entsprechende Rechtsprechung in USA, Pfetsch, Die Ausweitung des Gutglaubensschutzes beim Kauf beweglicher Sachen im amerikanischen Recht durch den Uniform Commercial Code, Berlin 1973, S. 124
20) Cour Nîmes 4. Dez. 1944, D. 1946, 29 Anm. Walline: Trib. com. Montluçon 20. Sept. 1965, D. 1965, 754 Anm. Delpech

"monuments historiques" stellt ausdrücklich klar, daß ein Gutgläubenserwerb nicht möglich ist ²¹⁾).

In Art. 18 dieses Gesetzes ist vorgesehen, daß Sachen, die von diesem Gesetz erfaßt werden (objets mobiliers classés) unveräußerlich sind und auch nicht ersessen werden können. Sie können in unbeschränktem Umfang nach Autorisierung durch den "Ministre des Beaux Arts" verkauft werden. Die rei vindicatio gegen jeden gutgläubigen Erwerber ist möglich, ganz gleichgültig, ob eine freiwillige oder unfreiwillige Besitzaufgabe vorlag und wie der Erwerb im einzelnen vonstatten ging, vgl. Art. 19.

Allerdings ist dem Erwerber der Kaufpreis zu erstatten. Wenn der "Ministre des Beaux Arts" den Gegenstand auslöst, so steht ihm gegen den Erstverkäufer in Höhe des zur Auslösung verwandten Betrages ein direkter Rückgriffsanspruch zu, vgl. Art. 20.

Diese gesetzlichen Bestimmungen gelten jedoch nur für Sachen, die in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes eingliedert wurden, dagegen nicht - und zwar auch nicht in entsprechender Anwendung - für alle Sachen, die zur "domaine public" gehören ²²⁾).

Dieser Regelung entspricht im deutschen Recht die in der deutschen Dogmatik zum Gutgläubensschutz nahezu völlig übergangene "Liste zum Schutz gegen Abwanderung deutschen Kulturguts" vom 6.8.1955 ²³⁾).

Der Verkauf eines in diese Liste aufgenommenen Kunstgegen-

21) Loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques, abgedruckt in: D.P. 1915.4.153; siehe auch S. 299, Fußnote 33

22) So die ganz h.M., vgl. Planiol-Ripert-Picard, Nr. 396; Aubry et Rau t. II. ed. par P. Esmein

23) BGBl III 224-2, vgl. auch die Bekanntmachung des Gesamtverzeichnisses national wertvoller Archive in der BRD und Berlin (West) Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 170-

standes ins Ausland ist mit Eintragung in die Liste untersagt. Ferner können Kunstgegenstände in das Verzeichnis der beweglichen Denkmäler des jeweiligen Bundeslandes aufgenommen werden. Dies hat zur Folge, daß die erfaßten Kunstgegenstände nicht ohne Erlaubnis an einen anderen Ort verbracht werden dürfen und der Eigentümer notfalls enteignet werden kann. Eine bestimmte, genau erfaßte Anzahl von Kunstgegenständen ist demnach durch Veräußerungsverbote geschützt. Da diese Veräußerungsverbote im Interesse der Allgemeinheit aufgestellt worden sind, kommt § 134 BGB zur Anwendung mit der Folge, daß ein Gutgläubenserwerb auf jeden Fall ausscheidet. Das Verbot des § 134 BGB ergreift dabei nicht nur das Verpflichtungsgeschäft, sondern ebenfalls das abstrakte Erfüllungsgeschäft. Dieses wird nämlich immerdann von § 134 BGB erfaßt, wenn gerade der Erfolg des Erfüllungsgeschäftes vermieden werden soll ^{23 a)}.

Dagegen kennt das deutsche Recht kein Institut, das der "domaine public" vergleichbar wäre. Eine Ausscheidung verkehrsunfähiger Sachen, "res extra commercium", nimmt das BGB nicht vor. Grundsätzlich ist daher in Deutschland der gutgläubige Erwerb von Sachen, die in das Eigentum des Staates fallen, möglich ²⁴⁾.

23 a) vgl. Palandt-Danckelmann, § 134 Rn. 2 c, d

24) vgl. Staudinger-Seufert zum BGB, § 854, Rn. 19 a; Staudinger-Berg § 932 Rn. 2 a; besonderen gesetzlichen Regelungen unterfallen Militärgüter, vgl. Staudinger-Berg § 935 Rn. 5

Nach der Verordnung vom 23.5.1919 betr. die Verwertung von Militärgut (RGBl 447), ersetzt durch das Gesetz über die Verwertung von Militärgut vom 31.3.1923 (RGBl I 243, 1010) mit Ausführungsverordnung 4.8.1923 (RGBl I, 762) steht das ohne Einverständnis der zuständigen Stellen veräußerte Militärgut den im Sinne des § 935 BGB abhandengekommenen Sachen gleich, RGZ 105, 295. Ferner war nach Beendigung des 2. Weltkriegs das fiskalische Vermögen und das Vermögen bestimmter Personen und Personengruppen gem. Militärregierungsgesetz Nr. 52 beschlagnahmt. Die Verfügung hierüber war ohne Genehmigung untersagt, ein gutgläubiger Erwerb war ausgeschlossen.

Zu beachten ist jedoch, daß der gutgläubige Erwerb im deutschen Recht nach h. M. eingeschränkt wird, soweit eine öffentliche Zweckbindung an der Sache besteht. Diese geht bei gutgläubigem Erwerb auf den neuen Eigentümer über: § 936 BGB ist daher ausgeschlossen. Der Staat kann folglich trotz gutgläubigem Erwerb von dem Erwerber die Herausgabe des Besitzes an der Sache verlangen^{24 a)}.

ee) Ausschluß des Art. 2279 C.c. bei beweglichen Sachen, die zu bestimmten Immobilien gehören

Das französische Recht schließt die Anwendung des Art. 2279 C.c. auch bei "accessoires" aus, die zu einem Grundstück beziehungsweise einer Immobilie gehören. Es stellt sich die Frage, ob der Eigentümer eines Schlosses, das mit dem gesamten Mobiliar von einem Nichtberechtigten veräußert worden war, das Mobiliar zusammen mit dem Schloß von dem Erwerber herausverlangen konnte. Das Mobiliar wurde hier als "accessoire" des Schlosses angesehen, Art. 2279 C.c. für unanwendbar erklärt²⁵⁾.

Im deutschen Recht ließe sich in einem vergleichbaren Fall die Anwendung der Gutglaubensvorschriften nicht ohne weiteres ausschließen. § 929 II BGB bestimmt ausdrücklich die Anwendung der §§ 932 - 936 BGB auf das zu einem Grundstück gehörige Zubehör. Selbst eine extensive Auslegung des § 929 II BGB könnte nicht so weit gehen, das Mobiliar als wesentlichen Bestandteil des Grundstückes beziehungsweise Gebäudes anzusehen. Ein Gutglaubenserwerb bliebe möglich.

24 a) vgl. Westermann, Sachenrecht, S. 57

25) Colin-Capitant, aaO., Nr. 596, im argentinischen Código civil hat diese Lehre eine gesetzliche Ausgestaltung erfahren, vgl. Art. 2315, 2316, 2320 und 2321, wo die "immuebles por accesion" geregelt sind.

- b) Die für das Eingreifen des Art. 2279 C.c. erforderliche "possession"

Um die volle Tragweite der Maxime "en fait de meubles la possession vaut titre" erfassen zu können, ist vor allem notwendig, sich eingehend mit dem französischen Besitzbegriff auseinanderzusetzen.

Die "possession" auf Seiten des Erwerbers ist vom Gesetzeswortlaut her das einzige Erfordernis für das Eingreifen des Art. 2279 C.c.. Das muß a priori den Schluß nahelegen, daß dieser Besitzbegriff mit einer Vielzahl von Einzelkriterien ausgefüllt worden ist. Wie anders wäre es möglich, daß eine einzige Vorschrift, die zudem auf lediglich ein Erfordernis, nämlich das der "possession", abstellt, den gesamten Bereich des Mobiliarerwerbs vom Nichtberechtigten regelt?

- aa) Eigenbesitz "possession animo domini"

Zunächst einmal muß festgehalten werden, daß mit der "possession" im Rahmen des Art. 2279 C.c. nur der Eigenbesitz auf Seiten des Erwerbers gemeint ist ²⁶⁾. In dem Eigenbesitz tritt das wohl entscheidendste Merkmal des besitzrechtlichen Lösungsansatzes zutage. Der Kreis der Besitzer, die für einen Erwerb vom Nichtberechtigten in Frage kommen, wird durch das Erfordernis des Eigenbesitzes wesentlich eingeschränkt. Ein Fremdbesitzer kann, obwohl er die tatsächliche Sachherrschaft über die Sache ausübt, in keinem Fall vom Nichtberechtigten erwerben. Diese Regelung ist im Hinblick auf die Systematik des französischen Gutglaubensschutzes verständlich. Eine besitzrechtliche Lösung, die den Be-

26) Cass. civ. 20. Dez. 1955 I.C.P. 1956, II, S. 455; so auch ausdrücklich Art. 2351 código civil argentino vgl. ferner Civ. 24. März 1915, D.P. 1920.1.143; Civ. 17. Juli 1929, D.H. 1929.540

sitz auf Seiten des Erwerbers als einziges objektives Tatbestandsmerkmal ausreichen läßt und somit von der Konstruktion stark an eine Ersitzungsvorschrift erinnert, muß zwangsläufig den Eigenbesitz fordern²⁷⁾. Das Vorliegen des Eigenbesitzes, der "possession animo domini", wird vermutet. Die Beweislast für den Nachweis, daß kein Eigenbesitz vorliegt, trägt der revindizierende Alteigentümer²⁸⁾.

(1) Der Begriff der "possession" in den Artikeln des C.c.

Auch aus anderen Artikeln des C.c. wird deutlich, daß unter "possession" immer der Eigenbesitz zu verstehen ist.

Art. 2228 C.c. bestimmt:

"La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons pour nous mêmes, ou par un autre qui la tient ou qu'il exerce en notre nom".

Diese Formulierung zeigt, daß nur derjenige die "possession" an einer beweglichen Sache haben kann, der diese

-
- 27) Civ. 24. Juli 1912, D.P. 1914.1.36; Civ. 17. Okt. 1933. S. 1934.1.121. Die Anforderungen, die an die "possession" zu stellen sind, müssen im Moment der Besitz-erlangung vorliegen. Die Tatsache, daß ein Besitzer später zum vorläufigen Zwangsverwalter (séquestre) der streitigen Sache und damit zum bloßen "détenteur" wird, hindert nicht das Eingreifen des Art. 2279 C.c., vgl. Civ. 1er, 4. Januar 1972, Bull. civ. 1972, 1.4
- 28) Cass. civ., 18. Juni 1959, I.C.P. 59 IV.98; S. 1924. 1.121 Anm. Esmein, vgl. Saleilles, S. 74 - 75. Die Vermutung für eine "possession animo domini" ist bei den Reformarbeiten zum Code civil gesetzlich normiert worden, vgl. Travaux de la commission de réforme du C.c., 1946 - 1947, Paris 1948, S. 1001, Art. 20: "La volonté de se comporter comme titulaire de ce droit est présumé jusqu'à preuve contraire".

für sich, also "animo domini" bzw. "à titre de propriétaire" innehat, also nicht als jemand, der die Sache für einen anderen besitzt und einer persönlichen Herausgabepflicht unterliegt. Die Innehabung ohne den Willen zum Eigenbesitz, die bloße "détention" bzw. die "possession précaire" fällt nicht unter den Schutzbereich des Art. 2279 C.c.

Das französische Recht nimmt eine scharfe Zweiteilung zwischen dem Eigenbesitz und der Gruppe vor, die eine Sache wohl innehaben, aber einer Herausgabepflicht aus Pfandvertrag, Verwahrung, Leihe, Miete etc. unterliegen.

Art. 2236 C.c. bestimmt:

"Ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais par quelque laps de temps que ce soit. Ainsi le fermier, le dépositaire, l'usufruitier et autres qui detiennent précairement la chose d'un propriétaire, ne peuvent jamais prescrire" 29).

Eine ähnliche Aussage macht Art. 2229 C.c., der bestimmt:

"Pour pouvoir prescrire il faut une possession à titre de propriétaire".

Aus Art. 2228, 2229 und 2236 C.c. geht eindeutig hervor, daß nur der Eigenbesitzer die "possession" an einer Sache hat. Insbesondere stellen Art. 2229 und 2236 C.c. klar, daß nur der Eigenbesitzer einen für die "prescription" ausreichenden Besitz hat und unter Art. 2279 C.c. fallen kann, der ebenfalls unter die Verjährungs-

29) vgl. auch Art. 2414 C.c. argentino, der ausdrücklich bestimmt, daß die Eigentumsvermutung bei vertraglicher Herausgabepflicht des Besitzers entfällt: "La presunción de propiedad no puede ser invocada por la persona que se encuentre en virtud de un contrario o de un acto lícito, obligada a la restitución de la cosa".

beziehungsweise Ersitzungsvorschriften eingereiht ist unter dem Oberkapitel "De quelques prescriptions particulières" 30).

Das Erfordernis des Eigenbesitzes im Rahmen des Art. 2279 C.c. ergibt sich demnach nicht erst durch Auslegung sowie Rechtsprechung zum Besitzbegriff des Art. 2279 C.c., sondern läßt sich schon aus der Gesetzessystematik des C.c. herleiten. Diese erinnert an die Konstruktion des Begriffs Eigenbesitz und Besitzdiener, wie sie das BGB in §§ 854 I, 855 aufgestellt hat:

Nur der Eigenbesitzer hat den Besitz, setzt er andere ein, die für ihn den Besitz ausüben sollen, so haben diese, wie ein Besitzdiener des deutschen Recht, nur die materielle Innehabung, die "détention", an der Sache, während der Besitz, die "possession", allein dem Besitzer verbleibt.

(2) Spezielle Problematik beim gutgläubigen Pfandrechts-
erwerb

Die Kürze der französischen Regelung zum gutgläubigen Mobiliarerwerb bringt bezüglich der Abgrenzung "possession animo domini" - "détention" eine spezielle Problematik mit sich.

Es fehlt im C.c. eine Spezialregelung für den gutgläubigen Erwerb eines Pfandrechts, wie sie im deutschen Recht in § 1244 BGB normiert ist. Auch der gutgläubige Pfandrechts-erwerb muß daher allein von Art. 2279 C.c. geregelt werden. Dabei stellte sich die grundsätzliche Frage, ob der Pfandgläubiger wie alle anderen Fremdbesitzer zum Beispiel Entleiher, Verwahrer, Mieter etc. behandelt werden oder aber ihm eine Sonderstellung eingeräumt werden sollte.

30) beginnend mit Art. 2271 C.c.

Eine Gleichstellung mit den anderen Formen der "détention" hätte zur völligen Unanwendbarkeit des Art. 2279 C.c. und damit zum völligen Ausschluß des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs im französischen Recht geführt. Für die Möglichkeit eines gutgläubigen Pfandrechts-erwerbs sprachen jedoch die Erfordernisse des Rechts-verkehrs in Frankreich genau wie in anderen Staaten.

Die Notwendigkeit, einen gutgläubigen Pfandrechtserwerb zuzulassen, und das Fehlen einer Bestimmung für den gutgläubigen Pfandrechtserwerb im C.c. veranlaßte die französische Rechtsprechung zu folgender inter-essanten Lösung:

Da der Pfandgläubiger kein Eigenbesitzer ist - er unterliegt einem Herausgabeanspruch im Falle der Befriedigung seiner Forderung - kann er nicht als Eigenbesitzer angesehen werden. Seine Stellung ist jedoch eine völlig andere als die "normaler" Fremdbesitzer, wie Entleiher, Verwahrer etc. Man argumentierte nun, der Pfandgläubiger befände sich gewissermaßen in einer Zwitterstellung zwischen "possession" und "détention". Eigens für den Pfandgläubiger, den "créancier gagiste", spaltete man den Besitzbegriff des Art. 2279 C.c. auf. In bezug auf das Eigentumsrecht ist der Pfandgläubiger als Fremdbesitzer anzusehen, der sich nicht auf Art. 2279 C.c. berufen kann. Bezüglich seines Pfandrechts hat er jedoch ausschließlich persönlichen Besitz für sich, für die Durchsetzung seiner Forderung. Deshalb erkennt ihn die französische Rechtsprechung insoweit als Eigenbesitzer an, der sich auf Art. 2279 C.c. berufen kann ³¹⁾.

Diese Aufspaltung des Besitzbegriffs war zunächst nicht

31) Civ. 19. Juni 1928, D.P. 1929, 1.45; Req. 12. März 1888, D.P. 88.1.404; 23. Okt. 1905, D.P. 1906.1.7

ohne Gegenstimmen. Man verwies darauf, daß Art. 2279 C.c. dem Wortlaut nach immer nur dann geltend gemacht werden könne, wenn der Besitzer ein Eigentumsrecht geltend mache, nicht aber für den Fall, in dem sich der Besitzer auf ein Pfandrecht beruft. Eine derartige Auslegung des Art. 2279 C.c. läßt sich auch aus Satz 2 der Vorschrift herleiten, der die rei vindicatio im Falle des Diebstahls oder des Verlustes vorsieht:

"Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer".

Diese Sicht des Art. 2279 C.c. bezüglich einer etwaigen Nichtanwendung auf den Erwerber eines Pfandrechts vom Nichtberechtigten hat sich jedoch nicht durchsetzen können. Man verwies dabei darauf, daß es sich keinesfalls zwingend aus dem Text ergäbe, daß Art. 2279 C.c. eng auszulegen und demnach auf den Fall zu beschränken sei, in dem der Besitzer sich auf ein Eigentumsrecht berufe. Der Text des Art. 2279 C.c. habe bewußt nur von einem "titre", nicht aber von einem "titre de propriété" gesprochen. Daher sei Art. 2279 C.c. auch auf andere dingliche Rechtstitel als das Eigentum anzuwenden. Ferner berief man sich auf die Vorbereitungsarbeiten zum C.c., aus denen zu ersehen sei, daß man auch den "créancier gagiste" mit in den Schutzbereich der Vorschrift einbeziehen wollte ³²⁾.

Dieses letzte Argument überzeugt vor allen Dingen auch im Hinblick auf die geschichtliche Entstehung des Satzes "en fait de meubles la possession vaut titre" ³³⁾.

32) Tournesac, S. 124 ff

33) siehe oben Seite 61 / 62

Bourjon ³⁴⁾ weist ausdrücklich darauf hin, daß die gemeinrechtliche Maxime "meubles n'ont pas de suite par hypothèque" auch weiterhin ihre Gültigkeit im Rahmen der neu bestimmten Regelung behalten soll. Vor allem aber auf Bourjon stützten sich die Schöpfer des C.c.

Heute besteht in Rechtsprechung und Lehre Einigkeit darüber, daß Art. 2279 C.c. auch auf den gutgläubigen Pfandrechtserwerber anzuwenden ist ³⁵⁾.

bb) Tatsächliche, materielle Innehabung, "possession réelle"

Mit dem Erfordernis der "possession réelle" oder auch "possession effective" stellt die französische Rechtsprechung und Lehre eine weitere Anforderung an den Besitz auf Seiten des Erwerbers. Die "possession réelle" liegt dann vor, wenn tatsächlicher, wirklicher Besitz auf Seiten des Erwerbers gegeben ist. Der Besitz muß sich in der materiellen Innehabung der Sache konkretisieren ³⁶⁾. Für die "possession" im Sinne des Art. 2279 C.c. ist immer erforderlich, daß der Besitzer

34) Bourjon, t.1, liv. II, tit. I, chap. VI, S. 145, sect. I: "Hors le cas singulier, § qui seront la matière de la section suivante, les meubles & effets mobiliers ne sont sujets à suite par hypothèque: leur nature & la possession quant à eux décisive les affranchissent de ce droit".

35) Cass. civ. 18. Juni 1959, Jur. Class. per 1959, IV, 98; Aubry et Rau, aaO., § 183, S. 172; Colin-Capitant-Julliot de la Morandière Nr. 497; vgl. auch Art. 2781 C.c. argentino: "El acreedor que de buena fe ha recibido en prenda una cose mueble puede repulsar, hasta e pago de su credito, la reivindicacion dirigida contra el por el propietario".

36) Mazeaud, t.2, vo.2, Nr. 1529, Paris 1969: "... la possession effective a pour but de renseigner les tiers"; vgl. auch Art. 11 des Unidroit Entwurfs, 1967; vgl. Code civil Dalloz Art. 2279 Rn. 2: "Cette règle ne peut être invoquée par les possesseurs qui ont à la fois la détention matérielle et l'animus domini".

selbst die Sache in Besitz hat ³⁷⁾.

Das Erfordernis der "possession réelle" hat stets zur Folge, daß im Fall des Besitzkonstituts Art. 2279 C.c. nicht eingreifen kann. Der Erwerber, der eine Sache nicht in unmittelbarem Eigenbesitz hat, sondern für den der Verkäufer im Rahmen eines Besitzkonstituts die materielle Sachherrschaft ausübt, erfüllt nicht die Voraussetzungen der "possession réelle" ³⁸⁾.

(1) Abgrenzung in der Rechtsprechung

In gewissem Widerspruch zu diesem sehr strikten Festhalten an der tatsächlichen materiellen Innehabung der Sache steht die Rechtsprechung in den Fällen, in denen zwar keine dritte Person mit der Sachwaltung betraut wird, in denen die Sachherrschaft aber dennoch indirekt ist. So genügt der Besitz eines Hausschlüssels, um bereits eine "possession réelle" an den Sachen zu haben, die sich in diesem Hause befinden ³⁹⁾. Diese Aufweichung des Begriffes der "possession réelle" erinnert an die Abgrenzung, die das deutsche Strafrecht beim Gewahrsamsbegriff vornimmt. Auf ähnlicher Ebene liegen auch die Fälle, in denen bereits die Markierung einer Sache für den Erwerber ausreicht, um die "possession réelle" zu begründen, und zwar auch dann, wenn die tatsächliche, materielle Inbesitznahme erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt ⁴⁰⁾.

Das Erfordernis der "possession réelle" soll die

37) Dies im Gegensatz zu Art. 2228 C.c., wonach auch Dritte zur Ausübung der "possession" eingeschaltet werden können.

38) Marty-Raynaud, droit civ. t. II; 2 vol., les biens, S. 383; Sauveplanne, rapport comparatif, aaO., S. 26

39) Planiol-Ripert-Picard, aaO., Nr. 376

40) ebenda

Kundbarmachungsfunktion des Besitzes verstärken⁴¹⁾. Die starke Kundbarmachung des Besitzes soll dazu beitragen, den Warenverkehr sicherer zu machen:

"le rôle de la possession est ici d'établir la sécurité dans les affaires commerciales" 42).

Das Erfordernis der "possession réelle" folgt aber nicht so zwingend aus dem besitzrechtlichen Lösungsansatz wie die "possession animo domini". Wie bereits erörtert, ist ein besitzrechtlicher Lösungsansatz, wie ihn das französische Recht vorsieht, nur denkbar, wenn man den Eigenbesitz auf Seiten des Erwerbers fordert. Demgegenüber können bei dem Erfordernis der materiellen Innehabung durchaus flexible Abgrenzungskriterien gewählt werden, ohne den besitzrechtlichen Lösungsansatz dem Grunde nach zu gefährden.

Die Abgrenzung des französischen Rechts will dabei nicht immer einleuchten. So ist wohl bei Hausschlüsseln und bei der Markierung von verkauften Sachen eine "possession réelle" auch ohne tatsächliche Innehabung gegeben, nicht aber dann, wenn man eine Empfangsbestätigung für eine Sache in Händen hält, die woanders eingelagert ist, ebensowenig dann, wenn man die Papiere, die das Eigentum an einem Kraftfahrzeug ausweisen, bereits in Besitz hat⁴³⁾.

In der französischen Lehre sind daher auch Stimmen laut geworden, die die Abgrenzung, wie sie die französische

41) Mazeaud, t.2, vol. 2, Nr. 1529

42) Planiol-Ripert, III, Nr. 380

43) Cass. com. 23.Juni 1952, Bull. civ. 1952.11.191; Marty-Raynaud, droit civ. t. II; 2. vol, les biens, S. 383; dagegen soll der Besitz eines Pfandlagerscheines ausreichen, Cass. civ. 23. April 1918, D.P. 1919.1.33, Anm. Capitant

Rechtsprechung trifft, anzweifeln. Marty-Raynaud führten aus:

"Il n'est pas certain, que ces distinctions pour le moins délicates sur l'extériorisation plus ou moins grande de la prise de possession soient ici fondées" 44).

Diese Autoren gehen sogar so weit, es im Interesse des Warenverkehrs ausreichen zu lassen, wenn der Erwerber jemanden zur Ausübung der materiellen Sachherrschaft eingeschaltet hat und lediglich "corpore alieno" besitzt. Diese Auffassung, die den Begriff der "possession réelle" gänzlich überwindet, hat sich jedoch bisher nicht durchsetzen können. Das französische Recht wehrt sich gegen eine Vergeistigung des Besitztatbestandes und läßt diese nur in wenigen Ausnahmefällen zu.

Dabei zeigt ein Blick auf die oben erwähnten Ausnahmen vom Erfordernis der materiellen Innehabung, daß die "possession réelle" hauptsächlich dazu dient, die Publizitätswirkung des Besitzes zu unterstreichen. Dieser Zweck wird in der Regel durch das Erfordernis konkreter Innehabung erreicht. Auf die konkrete Innehabung wird nur dann verzichtet, wenn andere, gleichwertige Kundbarmachungstatbestände an Stelle der konkreten Innehabung treten.

- (2) Das Erfordernis der "possession réelle" als Folge des Konsensualprinzips

Die strengen Anforderungen, die das französische Recht an den Besitz auf Seiten des Erwerbers stellt, werden noch verständlicher, wenn man sich den Zusammenhang von

44) Marty-Raynaud, aaO., S. 384
vgl. auch Ferid II, 3 B 25

Konsensualprinzip und besitzrechtlichem Lösungsansatz vor Augen führt.

Art. 1138 C.c. bildet die Grundlage des Konsensualprinzips im französischen Recht. Diese Vorschrift bestimmt, daß sich der Eigentumsübergang schon bei Vertragsabschluß vollzieht, ohne daß es noch einer Übergabe oder einer gesonderten Einigung über den Eigentumsübergang bedarf. Art. 1138 C.c. bestimmt wörtlich:

"L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée encore que la tradition n'en ait point été faite ..."

Der Konsens der Parteien allein reicht demnach dazu aus, um Eigentum übergehen zu lassen. Beim Erwerb vom Berechtigten mißt das französische Recht dem Besitz also keinerlei Publizitätswirkung zu. Das Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz wird durch die Regelung des Art. 1138 C.c. sogar gefördert.

Beim Erwerb vom Nichtberechtigten ist ein vom Konsensualprinzip geprägtes Recht wie das französische dagegen mangels eines anderen geeigneten Anknüpfungspunktes gezwungen, das Zusammenfallen von Eigentum und Besitz nunmehr als Grundregel zu betrachten und dem Besitz auf Seiten des Erwerbers eine starke Publizitätswirkung beizumessen. Ein anderer Anknüpfungspunkt als die Besitzüberlassung an den Erwerber beziehungsweise dessen Besitz läßt sich in einem System, das dem Konsensualprinzip folgt, auch kaum finden.

Vor allem dem Besitz auf Seiten des Veräußerers kann

keine Rechtsscheinswirkung beigelegt werden. Art. 1138 C.c. sieht durchaus als Regelfall vor, daß ein Veräußerer den Besitz an einer Sache behält, die er bereits veräußert hat. Bourjon, der Schöpfer der Regel "en fait de meubles la possession vaut titre" schien dies bereits erkannt zu haben, als er schrieb:

"la possession ...; c'est le meilleur guide et quel autre pouvoit on prendre sans tomber dans la confusion". 45)

Bourjon impliziert damit zugleich eine Ablehnung flexibler Zurechnungskriterien, indem er die entstehende Verwirrung, "confusion", für den Fall heraufbeschwört, daß man vom Besitz als Anknüpfungstatbestand abrückt.

cc) Der fehlerfreie Besitz, "possession exempte de vices"

Zusätzlich zu den Erfordernissen der "possession animo domini" und der "possession réelle", die den Besitzbegriff im französischen Recht bereits weitgehend eingrenzen, hat der französische Gesetzgeber durch das Erfordernis des fehlerfreien Besitzes, der "possession exempte de vices", den Besitzbegriff des Art. 2279 C.c. weiter eingegrenzt.

Der Kreis der Besitzer, die vom Nichtberechtigten erwerben können, wird durch weitere Merkmale abgegrenzt. Durch die Aufstellung bestimmter Besitzfehler grenzt das französische Recht negativ ab, was durch die Kriterien der "possession animo domini" und der "possession réelle" positiv gefordert wird. Die Lehre von den Besitzfehlern dient nur der Ergänzung und zusätzlichen

45) Bourjon, aaO., t.l. liv. II, tit. I, chap. VI, S. 145, sect. I

Klarstellung. Sie fußt auf Art. 2229 C.c., der bestimmt:

"Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible publique, non équivoque et à titre de propriétaire".

Art. 2229 C.c. zählt sämtliche Besitzfehler auf, die im Rahmen des Art. 2279 C.c. zu beachten sind. Die Merkmale des nicht unterbrochenen Besitzes, "possession continue et non interrompue", ist für Art. 2279 C.c. jedoch nicht einschlägig. Art. 2279 C.c. kann stets sofort, vom Augenblick der Erlangung des Besitzes an Anwendung finden und erfordert trotz seiner Einordnung unter die Regeln zur "prescription" keinen Zeitablauf.

(1) Öffentlicher Besitz, "possession publique"

Der Besitz muß öffentlich, das heißt nach außen kundbar gemacht werden. Der diesem Merkmal zugeordnete Besitzfehler wird mit "possession clandestine", was soviel bedeutet, wie heimlicher Besitz, bezeichnet. Dieser Besitzfehler liegt dann vor, wenn der Besitzer die tatsächliche Sachherrschaft den Personen gegenüber verheimlicht, die ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis der Verhältnisse haben ⁴⁶⁾.

Nur der sich in der materiellen Sachherrschaft nach außen konkretisierende Besitz wird für Art. 2279 C.c. als ausreichend angesehen.

(2) Eindeutiger Besitz, "possession non équivoque"

Ein sogenannter "caractère équivoque", ein doppel-

46) Cour Aix, 3. Feb. 1902, D. 1904.2.289 mit Anm. Planiol

deutiger Charakter des Besitzes liegt dann vor, wenn nicht eindeutig feststeht, daß derjenige, der für sich den Besitz in Anspruch nimmt, auch tatsächlich die alleinige Sachherrschaft über die Sache hat. Der Besitzfehler der "possession équivoque" trägt somit lediglich zur Klarstellung und Ergänzung der "possession animo domini" bei. Sobald mehrere Personen die Möglichkeit haben, die unmittelbare Sachherrschaft über eine Sache auszuüben, müssen strenge zusätzliche Kriterien an den Eigenbesitz aufgestellt werden. Der Besitzfehler der "possession équivoque" ist daher immer dann zu prüfen, wenn mehrere Personen zusammenwohnen. Liegt eine solche "cohabitation" vor, muß sofort der Frage nachgegangen werden, ob die sich auf Art. 2279 C.c. berufende Person die Sache für sich allein besitzt ⁴⁷⁾.

Am häufigsten kommt der Besitzfehler der "possession équivoque" dann vor, wenn der Art. 2279 C.c. rein beweisrechtlich im Verhältnis vom Erwerber zu seinem unmittelbaren Rechtsvorgänger sowie dessen Erben Anwendung findet. Das Merkmal der "possession équivoque" ist dabei vor allen Dingen für folgende Fallgestaltung von der französischen Rechtsprechung entwickelt worden:

Ein Besitzer gibt vor, er habe vom Erblasser im Wege der Handschenkung eine Sache übertragen bekommen. Gegenüber den Erben, die dies bestreiten, wird er in der Regel mit dieser Behauptung dann nicht durchdringen können, wenn er vorher mit dem Erblasser zusammenwohnte, wenn somit eine "cohabitation" vorlag, und vor dem Tode des Erblassers zu keinem Zeitpunkt nach außen eindeutig ersichtlich war, daß der angeblich Beschenkte die Sache allein für sich in Besitz hatte.

47) Cass. civ. 21. Okt. 1929, D.H. 1929, 521

Diese Fallgestaltung hat erst zur Rechtsprechung der "possession équivoque" geführt. Für die Funktion der Art. 2279 C.c. im Rahmen des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten spielt dieser Besitzfehler jedoch eine eher untergeordnete Rolle ⁴⁸⁾.

(3) "Possession paisible"

Der Besitz muß ferner friedlich sein, er darf nicht durch Gewalt, "violence", erlangt worden sein.

Bei dem Besitzfehler der Gewalt beziehungsweise dem Erfordernis einer "possession paisible" wird besonders deutlich, daß die Merkmale, die beim Erfordernis der "possession exempte de vices" zu prüfen sind, lediglich zur Ergänzung und Klarstellung des Besitzbegriffes dienen sollen. In den meisten Fällen, in denen ein friedlicher Besitz gegeben ist, wird gleichzeitig der Fall eines unfreiwilligen Besitzverlustes vorliegen. Im Falle des unfreiwilligen Besitzverlustes ist ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten auch in Frankreich nicht beziehungsweise nur in bestimmten engen Grenzen zulässig, auf die noch näher einzugehen sein wird. In den meisten Fällen wird der Besitzer in diesem Fall auch bösgläubig sein, so daß auch aus diesem Grunde ein Gutgläubenserwerb ausscheidet. Nur in einer geringen Anzahl von Grenzfällen kann das Erfordernis der "possession paisible" zusätzlich Klärung schaffen.

Art. 2233 C.c. stellt noch einmal ausdrücklich klar, wie die in Art. 2279 C.c. geforderte "possession paisible" zu verstehen ist:

48) Civ. 31. Jan. 1900, D.P. 1900.1.281, Anm. Poncet;
Req. 18. Dez. 1899, D.P. 95.1.364, Anm. Planiol;
Civ. 21. Okt. 1929, D.P. 1931.1.56;
Req. 15. Apr. 1890, D.P. 91.1.388

"Les actes de violence ne peuvent fonder non plus une possession capable d'ôter la prescription. La possession utile ne commence que lors que la violence a cessé".

Nur der friedliche Besitz ist demnach für alle Arten der "prescription" brauchbar. Die "possession exempte de vices" wird ebenfalls vermutet ⁴⁹⁾.

Befaßt man sich näher mit dem französischen Besitzbegriff, dann erkennt man sehr bald, daß die Knappheit der Regelung des Art. 2279 C.c., der in zwei Sätzen den gesamten Mobiliarerwerb vom Nichtberechtigten regelt, durch die ausführlichen Bestimmungen im C.c. zur "possession" in weitreichendem Maße ergänzt wird.

In Art. 2228, 2229, 2233 und 2236 C.c. stellt der französische Gesetzgeber umfassende Einzelerfordernisse an die "possession". Im Gegensatz zu der sehr kurzen, auf das absolute Mindestmaß beschränkten Formulierung des Art. 2279 C.c. stellen die vorgenannten Bestimmungen ausführlich - zum Teil überschneidend - den Besitzbegriff dar ⁵⁰⁾.

d) Das Erfordernis des guten Glaubens

Der Satz "la possession vaut titre", wie er in Art. 2279 C.c. normiert wird, legt den Schluß nahe, daß außer der "possession" mit ihren strengen Anforderungen keine weiteren Voraussetzungen für einen Mobiliarerwerb vom Nichtberechtigten vorliegen müssen. Insbesondere wird im Gesetz nicht ausdrücklich der gute Glaube, die "bonne foi", gefordert.

49) so zuletzt Bordeaux, 20. März 1978, D.1978.I.390

50) allerdings können die Erfordernisse aus diesen Vorschriften nicht stets unesehen übernommen werden, z.B. Art. 2228 C.c., der bestimmt, daß ein Anderer für den Besitzer besitzen kann, oder Art. 2229 C.c., der von "possession continue" spricht.

aa) Fehlende gesetzliche Regelungen und daraus resultierender Theorienstreit

Das Fehlen eines schriftlich normierten Gutgläubenserfordernisses sowie die gesetzlichen Möglichkeiten des C.c. , einen Erwerb vom Nichtberechtigten in den Fällen zu ermöglichen, in denen dies angemessen erscheint, führte zunächst zu einem umfassenden dogmatischen Streit zu diesem Thema.

Noch um die Jahrhundertwende wurde die Ansicht vertreten, daß Art. 2279 C.c. jeden Besitzer einer beweglichen Sache schütze, ohne daß es auf den guten oder bösen Glauben ankäme. Auch für den Besitzer, der wußte, daß der Verkäufer der erworbenen Sache nicht der Eigentümer war, sollte nach dieser Meinung Art. 2279 C.c. grundsätzlich eingreifen ⁵¹⁾.

Dieser Verzicht auf das Erfordernis führt nicht zu einer so weitgehenden Bevorzugung der Erwerberinteressen, wie man dies vielleicht erwartet. Bei einem tieferen Eindringen in die gesetzliche Regelung ist zu erkennen, daß auch bei einem Verzicht auf das Gutgläubenserfordernis durchaus billige Ergebnisse möglich sind: Nach Art. 2279 C.c. scheiden zunächst einmal verlorene und gestohlene Sachen für einen Gutgläubenserwerb aus. Das bedeutet, daß in allen Fällen, in denen der böse Glaube mit unfreiwilligem Besitzverlust zusammenfällt, ohnehin kein sofortiger Erwerb vom Nichtberechtigten möglich ist. Hier kommt es also zunächst auf das Erfordernis des guten Glaubens überhaupt nicht an.

Aber auch in den Fällen des freiwilligen Besitzver-

51) Poincaré, aaO., S. 186 ff. Ortlieb, Nr. 83; Baki, S. 224; Aubry-Rau vertreten diesen Standpunkt noch heute, vgl. Aubry-Rau II, Nr. 183

lustes bringt ein Verzicht auf das Erfordernis der "bonne foi" keine allzu gravierenden Unterschiede mit sich:

Der Besitzer, der wußte, daß der Verkäufer der von ihm erworbenen Sache nicht deren Eigentümer war, kann sich bei fehlendem Gutgläubenserfordernis zwar auf Art. 2279 C.c. berufen, ist aber doch nicht gegen Herausgabeansprüche des Eigentümers völlig abgesichert. Die in Art. 1382 C.c. normierte deliktrechtliche Haftung stellt einen gewissen Ausgleich wieder her ⁵²⁾. In den Fällen, in denen der Käufer bewußt eine Sache ersteht, die dem Verkäufer nicht gehört, liegt eine "faute", ein Verschulden, auf Seiten des Erwerbers vor, das ihn zum Schadensersatz in Form der Rückgabe dieser Sache an den Eigentümer verpflichtet ⁵³⁾.

Der Verzicht auf das Erfordernis der "bonne foi" hat lediglich zur Konsequenz, daß dem Eigentümer kein dinglicher Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen den bösgläubigen Besitzer zusteht und er auf einen deliktischen, persönlichen Anspruch beschränkt ist. Nachteile können dem auf Herausgabe klagenden Eigentümer dabei dann entstehen, wenn sein deliktrechtlicher Anspruch nach 30 Jahren gemäß Art. 2262 C.c. verjährt ist, während die dingliche "action en revendication" unverjährbar ist. Nachteile können dem Eigentümer, der auf persönliche Rückgabeansprüche beschränkt ist, auch dann entstehen, wenn der Schuldner in Konkurs fällt, da der Eigentümer dann nur die Konkursquote erhält ⁵⁴⁾.

52) vgl. Cass. civ., 11. Feb. 1931, D.P. 1931.1.129

53) Aubry-Rau II, Nr. 183

54) Baki, S. 225

Die Autoren, die das Erfordernis der "bonne foi" ablehnen, argumentieren sowohl aus dem Gesetzeswortlaut des Art. 2279 C.c. als auch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift:

Schon Bourjon hatte bewußt auf das Erfordernis der "bonne foi" verzichtet, als er die Maxime "en fait de meubles la possession vaut titre" schuf. Sie berufen sich dabei auf eine Textstelle, in der sich Bourjon mit dem Rechtsgelehrten Duplessis auseinandersetzt ⁵⁵⁾. Duplessis lehnte den sofortigen Erwerb vom Nichtberechtigten ab und setzte sich für eine dreijährige Ersitzungszeit bei Gutgläubigkeit sowie eine dreißigjährige Ersitzungszeit bei Bösgläubigkeit ein. Dem setzte Bourjon entgegen, das Chatelet sei stets von sofortiger Möglichkeit des Gutgläubenserwerbs ausgegangen und habe den Satz "en matière de meubles la possession vaut titre" geprägt. Bourjon läßt in diesem Zusammenhang das Gutgläubenserfordernis unerwähnt. Die Autoren, die eine "bonne foi" ablehnen, meinen nun, Bourjon habe sich nicht nur für einen sofortigen Erwerb eingesetzt, sondern überhaupt auf jede Berücksichtigung von gutem und bösem Glauben verzichten wollen. Es ist jedoch stets zweifelhaft, ob diese Textstelle wirklich so ausgelegt werden kann.

Einleuchtender erscheint die Argumentation gegen ein Gutgläubenserfordernis, die aus anderen Vorschriften des C.c. hergeleitet wird. In Art. 549, 1141 und 2265 C.c. wird ausdrücklich der gute Glaube gesetzlich normiert ⁵⁶⁾. Die Autoren, die das Gutgläubenserfordernis im Rahmen des Art. 2279 C.c. ablehnen, folgern daraus, daß der Gesetzgeber immer dort, wo er den guten Glauben

55) Bourjon, t.1, liv. III, tit. XXII, chap. V, S. 1094

56) Baki, S. 227

für notwendig gehalten habe, diesen auch ausdrücklich erwähnt habe.

Die Auslegung von Art. 2279 C.c., wonach guter Glaube nicht erforderlich ist, hat sich jedoch von Anfang an nicht durchsetzen können. In der Rechtsprechung besteht seit langer Zeit Einigkeit darüber, daß Art. 2279 C.c. stets den guten Glauben des Erwerbers voraussetzt ⁵⁷⁾. Das Fehlen eines ausdrücklichen Gutgläubenserfordernisses wird zunächst mit der Kürze und Prägnanz der Regelung begründet. Man verwies darauf, daß man darauf verzichtet habe, das ohnehin selbstverständliche Gutgläubenserfordernis gesondert aufzuführen. Zusätzlich wurde aus der Gesetzessystematik des C.c. argumentiert, und zwar in Form eines Erst-recht-Schlusses. Wenn schon, wie beim gutgläubigen Fruchterwerb und bei der zehn- und zwanzigjährigen Ersitzung, guter Glaube gefordert werde, so müsse dies erst recht für Art. 2279 C.c. gelten, der in seinen Auswirkungen wesentlich weiter gehe. Ferner wird auf die gesetzliche Entwicklung des Art. 2279 C.c. verwiesen. Schon Bourjon hatte Gutgläubigkeit als selbstverständliches Erfordernis vorausgesetzt, als er gegen eine dreijährige Ersitzungszeit bei gutem Glauben Stellung bezog. Diese Auslegung liegt sehr nahe. Bourjon operierte, wie bereits näher ausgeführt wurde ⁵⁸⁾, in großem Maße mit Verkehrsschutzer-

57) Req. 3. März 1 1896, D.P.97.1.495; Req. 22. Mai 1906, D.P. 1906.1.351; Req. 16. Juli 1907, D.P. 1908.1.31; Req. 30. Mai 1908, Rec. Sirey 1908.1.444; Req. 16. Juli 1909, D.P. 1911.1.465; Civ. 12. Dez. 1921, D.P. 1922.1.28; Paris 14. Januar 1933, Gaz. Pal. 1933.2. 164; Req. 11. Januar 1937, D.H. 1937.97; Trib. civ. Seine 10. Januar 1941, gaz. Pal. 1941.1.85; Ausdrücklich wird das Gutgläubenserfordernis in Art. 2556 und 4006 C.c. argentino gefordert, die insoweit auf der Rechtsprechung zum C.c. fußen.

58) siehe oben Seite 73

wägungen. Schutzwürdig erscheint dabei jedoch nur der, der vom Eigentum seines Vormannes ausgeht. Der Verkehrsschutzgedanke ist untrennbar mit dem Gutgläubensschutz auf Seiten des Erwerbers verknüpft ⁵⁹⁾. Für die Annahme, daß die Schöpfer des Code civil den Erwerb vom Nichtberechtigten nur für den gutgläubigen Besitzer zulassen wollten, spricht auch Art. 408 des Code penal, der bestimmt, daß derjenige, der bösgläubig vom Nicht-eigentümer eine Sache erwirbt, als "complice" einer Unterschlagung belangt werden kann ⁶⁰⁾. Der französische Gesetzgeber wollte wohl kaum einen Erwerber zivilrechtlich zum Eigentümer machen, wenn dieser Erwerber gleichzeitig strafrechtlich belangt werden kann.

Die wichtigste Stütze für die Annahme des Gutgläubenserfordernisses wird aus Art. 1141 C.c. hergeleitet. Diese Bestimmung regelt den Doppelverkauf einer Mobilität an zwei Erwerber ⁶¹⁾. Es besteht Einigkeit darüber, daß Art. 1141 C.c. einen Anwendungsfall der in Art. 2279 C.c. geregelten Maxime "en fait de meubles la possession vaut titre" darstellt. In diesem Artikel ist ausdrücklich bestimmt, daß ein Erwerb nur bei Besitz und gutem Glauben möglich ist.

bb) Die Ausgestaltung des Gutgläubenserfordernisses

(1) Das Objekt des guten Glaubens im französischen Recht

In der typischen Fallgestaltung beim gutgläubigen Mobiliarerwerb glaubt der Erwerber, daß der Veräußerer der Eigentümer der Sache ist. Dieser Fall wird von jeder Rechtsordnung, die den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten normiert hat, erfaßt. Es ist aber auch

59) Ripert-Boulanger II Nr. 2836

60) ebenda

61) Planiol-Ripert, aaO., Nr. 3313

möglich, daß der Erwerber zu Unrecht annimmt, dem Veräußerer stünde die Verfügungsbefugnis an der Sache zu. Dabei sind zwei Möglichkeiten denkbar ⁶²⁾

1. Der Veräußerer ist zwar Eigentümer, aber in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt, zum Beispiel, weil er sein Vermögen nicht allein verwalten kann ⁶³⁾.

Bei dieser Fallgestaltung handelt es sich streng genommen gar nicht um einen Erwerb "a non domino". Trotzdem könnte man an die Anwendung der Vorschriften über den gutgläubigen Mobiliarerwerb denken. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Erwerber und der Person, zu deren Gunsten und Schutz die Verfügungsbeschränkung aufgestellt wurde, sind grundsätzlich ähnlich geartet wie die zwischen Erwerber und Alteigentümer ⁶⁴⁾. Der gutgläubige Erwerb von einem Eigentümer, der an der Ausübung seines Rechts gehindert ist, erscheint ebenso schutzwürdig wie der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten.

Im französischen Recht ist die Frage, ob Art. 2279 C.c. auch dann eingreifen soll, wenn jemand von einem in seiner Verfügungsbefugnis beschränkten Eigentümer erwirbt, nicht eindeutig geklärt ⁶⁵⁾. Es besteht jedoch eine Tendenz dahin, Art. 2279 C.c. auch in diesem Fall anzuwenden, womit die Wertung, die der deutsche Gesetzgeber in §§ 135 II sowie 136 BGB getroffen hat, bestätigt wird ⁶⁶⁾.

62) Haug-Adrion, Diss. 1975, S. 15

63) Rechtsvergleichend hierzu auch Sauveplanne, rapport comparatif, aaO., S. 212

64) vgl. auch Motive Bd. I, AT, S. 212

65) ablehnend: Cass. req. 11. Jan. 1937, S. 1937.1.94; Paris 15. Feb. 1961, Gaz. Pal. 1961, 190; Planiol-Ripert II, Nr. 381.1; Civ. 6. Juli 1886, S. 1887.1.451; für den Schutz des guten Glaubens an die Verfügungsmacht Aubry-Rau II (Esmein) Nr. 99 mit weiteren Angaben

66) Haug-Adrion, Diss., aaO., S. 16

2. Der Erwerber weiß zwar, daß er nicht vom Eigentümer erwirbt, glaubt aber, es handele sich um eine Person mit ausreichender Verfügungsmacht beziehungsweise Verfügungsbefugnis.

Hier handelt es sich eindeutig um den Fall eines Erwerbs "a non domino". Das deutsche Recht trennt klar zwischen dem guten Glauben an das Eigentum und dem guten Glauben an die Verfügungsbefugnis. § 932 BGB schützt nur den guten Glauben an das Eigentum des Veräußerers. Dagegen reicht im Handelsrecht der gute Glaube auch an die Verfügungsbefugnis des Veräußernden aus, § 366 HGB. Diese Zweiteilung geht eindeutig aus dem Gesetz hervor und ist von Zeit zu Zeit ausdrücklich von der Rechtsprechung klargestellt worden ⁶⁷⁾.

Im französischen Recht fehlt diese scharfe Trennung von gutem Glauben an das Eigentum und gutem Glauben an die Verfügungsbefugnis. Zwar finden sich Urteile, die ausdrücklich den guten Glauben an das Eigentum des Veräußerers fordern ⁶⁸⁾ sowie Ausführungen in der Lehre, die in dieselbe Richtung zielen ⁶⁹⁾.

Auf der anderen Seite gibt es Definitionen von Bösgläubigkeit, die auf einen Gutglaubensbegriff schließen lassen, der sich auf die Verfügungsbefugnis und nicht nur das Eigentum des Veräußerers bezieht. So existiert nach einer bereits älteren Entscheidung ⁷⁰⁾ böser Glaube nur dann, wenn der Erwerber wußte, daß der Veräußerer nicht Eigentümer war und auch nicht die Fähigkeit hatte, dem Erwerber Eigentum zu übertragen.

67) RGH JW 1924, 427

68) Cass. req. 11. Jan. 1937, S. 1937.1.94; Paris 15. Feb. 1961, gaz. Pal. 1961, 190

69) Planiol-Ripert III Nr. 381.2; Ripert-Boulanger II, Nr. 2836; Mazeaud II Nr. 1533; Weill, les biens, Nr. 481; Marty-Raynaud II 2. vol. Nr. 394

70) Civ. 6. Juli 1886, D. 87.1.25; S. 1887.1.452

Bei der Reformarbeit zum Code civil in den Jahren 1946 und 1947 ging man erneut auf die Definition des guten Glaubens ein ⁷¹⁾. Dabei zeigten sich Bestrebungen, die auf eine Erweiterung des Gutglaubenstatbestandes und Einbeziehung des guten Glaubens an die Verfügungsbefugnis gerichtet waren. Baki ⁷²⁾ meint, schon im heutigen Recht die völlige Verwischung der Trennung von gutem Glauben an das Eigentum und gutem Glauben an die Verfügungsbefugnis erkennen zu können. Nach seiner Meinung reicht im Rahmen des Art. 2279 C.c. der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis in jedem Fall aus. Nur müßten, wenn der Erwerber nicht vom Eigentum, sondern von der Verfügungsbefugnis des Veräußerers ausgehe, in der Regel zusätzliche Indizien oder Umstände vorliegen, die dem Erwerber in irgendeiner Weise verdeutlichten, daß der Veräußerer zur Verfügung über die Sache befugt ist ⁷³⁾. Bei der Wertung dieser Indizien komme es entscheidend darauf an, welches Maß an Verkehrsschutz im Einzelfall gewährt werden solle. So müsse sich der Erwerber in der Regel von der Handlungsvollmacht des Veräußerers überzeugen. Tue er dies nicht, gehe er bewußt das Risiko ein, einen Vertrag abzuschließen, der wegen fehlender Verfügungsbefugnis wieder annulliert werden könne ⁷⁴⁾. Er begehe eine "faute grossière", eine grobe Fahrlässigkeit, und werde deshalb als bösgläubiger Erwerber behandelt. In den Fällen, in denen der Erwerber jedoch trotz aller Vorsicht über die Existenz und genaue Tragweite des Veräußerungsrechts im Irrtum sei, müsse der

71) Julliot de la Morandière, Travaux de la commission de réforme du code civil, 1946 - 1947, S. 942 f, vgl. auch die Formulierung des Art. 24 (S.1001): "Le possesseur de bonne foi est celui qui a des raisons sérieuses de se croire titulaire du droit qu'il exerce"

72) Baki, aaO., S. 231 f

73) vgl. auch Art. 7 III Unidroit Entwurf 1975, in dem den "circonstances" beim guten Glauben entscheidende Bedeutung beigemessen wird und auch der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis ausreicht.

74) Baki, aaO., S. 238

Erwerber als gutgläubig im Sinne des Art. 2279 C.c. angesehen werden. Beim Kauf von einem nichtberechtigten Kommissionär kann nach Meinung von Baki völlig auf zusätzliche Indizien verzichtet werden, da in diesem Fall das Verkehrsschutzinteresse besonders hoch anzusetzen sei ⁷⁵⁾.

Die Untersuchungen zum Objekt des guten Glaubens zeigen, daß die Abgrenzung von gutem Glauben an das Eigentum und gutem Glauben an die Verfügungsbefugnis im französischen Recht nicht mit der Deutlichkeit getroffen wurde wie im deutschen Recht. Es besteht vielmehr eine Tendenz dahingehend, je nach Lage des Einzelfalles zu entscheiden, ob auch der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis ausreicht.

(2) Objektive oder subjektive Kriterien beim Gutglaubensschutz ?

Die französische Gutglaubensdefinition ist im wesentlichen subjektiv ⁷⁶⁾. Dennoch hat man ein gewisses objektives Element miteingebracht. Die französische Rechtsprechung erfordert stets, daß kein Umstand, "aucune circonstance", vorgelegen haben dürfe, der dazu geeignet sei, auf Seiten des Erwerbers Zweifel an der Verfügungsberechtigung des Veräußerers aufkommen zu lassen ⁷⁷⁾.

Als bösgläubig muß ferner derjenige Erwerber angesehen werden, der nicht grundsätzliche Vorkehrungen, "précautions élémentaires" getroffen hat, die ihm die Bedingungen, unter denen er handelt, vorschreiben ⁷⁸⁾.

75) Baki, aaO., S. 239

76) Beudant-Lèrebours-Pigeonnière Voirin, aaO., Nr.750
77) Cass. req. 3. März 1896, D. 99.1.495; Trib. civ. Seine 12. Dez. 1923, D.H. 1924, 155

78) Planiol-Ripert-Picard, Nr. 381

Eine weitere Tendenz zur Objektivierung des Gutglau-
benserfordernisses ist ferner bei den Reformarbeiten
zum Code civil deutlich geworden ⁷⁹⁾. Den konkreten
Umständen, den "circonstances", wird ein immer stär-
keres Gewicht beigemessen.

- (3) Zum Zeitpunkt des guten Glaubens, insbesondere zum
Grundsatz "mala fides superveniens non nocet"

Bezüglich des Zeitpunktes, zu dem der gute Glaube vor-
liegen muß, bieten sich zwei Lösungsmöglichkeiten an:

Man erfordert den guten Glauben zu dem Zeitpunkt,
in dem der Erwerber in den Besitz der Sache ge-
langt ist.

Man erfordert den guten Glauben zu dem Zeitpunkt,
in dem beim Erwerb vom Berechtigten der Eigen-
tumsübergang stattfindet.

Ein Blick auf die Rechtsprechung des französischen
Rechts zeigt, daß der Code civil den ersten, das BGB
in §§ 933, 934 den zweiten Lösungsweg beschritten hat.
Beide Rechtsordnungen folgen dabei konsequent ihrem
Lösungsansatz:

Das französische Recht stellt beim Erwerb vom Nicht-
berechtigten allein auf den Besitz auf Seiten des Er-
werbers ab. Der Eigentumserwerbsakt bleibt völlig un-
berücksichtigt. Entscheidend für den Eigentumserwerb vom
Nichtberechtigten ist allein die "possession" auf Seiten
des Erwerbers. Bei diesem strikt durchgehaltenen Lösungs-
ansatz war nur konsequent, den guten Glauben im Augen-

79) Julliot de la Morandière, Travaux de la commission
de réforme du Code civil 1946 - 1947, S. 942, mit
kritischer Anm. Niboyet

blick der Besitzerlangung zu fordern. Dies ist auch die herrschende Meinung im französischen Recht⁸⁰⁾. Früher wurde auch die Meinung vertreten, der gute Glaube im Augenblick des Kaufs sei entscheidend. Man berief sich dabei auf Art. 2269 C.c. Diese Auffassung entspricht auch dem Verkehrsschutzgedanken, der nahelegt, schon dann Schutz zu gewähren, wenn der Erwerber fest damit rechnen konnte, den Besitz an der Sache zu erlangen und dabei mit dem wahren Eigentümer zu kontrahieren. Sie ist aber nur schwer mit dem Wortlaut des Art. 2279 C.c. und vor allem Art. 1141 C.c. zu vereinbaren⁸¹⁾. Vor allen Dingen Art. 1141 C.c. stellt den guten Glauben in direkten Zusammenhang mit Erlangung der "possession".

Im deutschen Recht kommt es als Folge des Abstraktionsprinzips dagegen sowohl beim Erwerb vom Berechtigten, als auch beim Erwerb vom Nichtberechtigten, auf die dingliche Einigung und die Übergabe bzw. das Übergabesurrogat an.

Normalerweise erfolgt die Eigentumsübertragung durch Einigung und Übergabe. Dann muß der gute Glaube zu diesem Zeitpunkt vorliegen. Fallen Einigung und Übergabe auseinander, ist grundsätzlich an den Zeitpunkt

80) Paris 17. März 1954, D. 1954 Som. 60; Cass. Com. 7. Jan. 1953, Bull. civ. III 8; Sauveplanne, rapport comparatif, aaO., S. 62

81) vgl. Baki aaO., S. 262; ein für die französische Regelung brauchbarer Lösungsansatz würde auch Art. 8 des Unidroit Entwurfes 1975 bieten. Dort wird grundsätzlich auf die Besitzüberlassung abgestellt. In dem (Ausnahme-) Fall, daß der Vertrag erst nach der Besitzüberlassung stattfinden soll, wird diesem Zeitpunkt die ausschlaggebende Bedeutung beigemessen, vgl. Art. 8 Loi uniforme sur l'acquisition de bonne foi d'objets mobiliers corporels, Revue de droit comparé I 1975 Unidroit Rome S. 82: "La bonne foi doit exister, soit au moment où la chose est remise à l'acquéreur, soit au moment où le contrat est conclu lorsque la conclusion du contrat a lieu postérieurement à la remise de la chose".

des später erfüllten Merkmals anzuknüpfen. Das gleiche gilt, wenn ein Übergabesurrogat vorliegt⁸²⁾. Erst zu diesem späteren Zeitpunkt wäre das Eigentum auch beim Erwerb vom Berechtigten übergegangen. Der gute Glaube muß also stets in dem Moment vorliegen, in dem ein hypothetischer Erwerber vom Berechtigten endgültig Eigentum erworben hätte.

Beide Rechte vollziehen dieselbe Wertung, wenn sie von dem Grundsatz "mala fides superveniens non nocet" ausgehen⁸³⁾.

Dieser Grundsatz wird allerdings im französischen Recht jedoch nur auf sehr inkonsequente Art und Weise verwirklicht. Zwar ist durch die Rechtsprechung ausdrücklich klargestellt worden, daß der gutgläubige Erwerb einer gestohlenen Sache nicht dadurch berührt wird, daß der Erwerber nach Ablauf der Drei-Jahres-Frist Kenntnis von dem Diebstahl erlangt⁸⁴⁾. In krassem Gegensatz dazu steht die Haltung, die die französische Strafgerichtsbarkeit zur Beurteilung dieses Sachverhaltes einnimmt. Wer nämlich erfährt, daß er eine Sache von einem Nichtberechtigten erstanden hat und diese dennoch behält, kann nach französischem Strafrecht wegen Hehlerei belangt werden⁸⁵⁾.

82) Palandt § 934 Anm. 4, bei § 933 BGB ergibt sich schon aus dem Gesetz, daß der gute Glaube zum Zeitpunkt der Übergabe vorliegen muß.

83) Civ. 6. Juli 1886, D.P. 87.12.23; Com. 7. Jan. 1953, Bull. civ. 1953, III; Weill, aaO., S. 481, S. 415

84) Cour Lyon, 15. März 1954, D. 1955.460, Anm. Ger-
vesie

85) Cass. crim. 18. Juni 1936 S. 1937.1.193 Anm. Hu-
gueney: "L'arrêt ci-dessus rapporté de la chambre
civile fera tressaillir les civilistes ..."
"Le droit pénal a telescopé le droit civil. L'ar-
ticle 2279 C.c. est blessé".
"Si l'on ne cure pas la blessure, il peut mourir
de l'accident?"
"Comment s'est produit l'accident? Comment curer
la blessure?"

Die Haupterwägung der "chambre criminelle" ist dabei, daß die Hehlerei ein Dauerdelikt, ein "délit permanent", sei.

Mazeaud t.2, aaO., Nr. 1535 zeigen die Konsequenzen dieser Rechtsprechung plastisch auf. Der Alteigentümer könnte nämlich ein Strafverfahren gegen den Besitzer wegen Hehlerei einleiten und gemäß Art. 3 C. pr. pen. im Adhäsionsverfahren deliktischen Schadensersatzanspruch gegen den Besitzer geltend machen. Schadensersatz wäre in Form der Herausgabe der Sache zu leisten, diese kann vom Strafgericht angeordnet werden, vgl. Mazeaud aaO., S. 616, vgl. auch Crim. 16. Aug. 1872, S. 1873.1.144

Das Zusammenstoßen der strafrechtlichen Maxime "mala fides superveniens nocet" mit der zivilrechtlichen Maxime "mala fides superveniens non nocet", wobei die strafrechtliche Maxime letztendlich den Ausschlag gibt, ist in der französischen Lehre oft kritisiert worden. Im Ergebnis wird der gutgläubige Erwerber zwar zunächst gemäß Art. 2279 C.c. geschützt, im Falle der späteren Kenntnis aber mit einer Rückgabepflicht belastet, die aus der extensiven Auslegung des Hehlereiparagraphen herrührt. Der Verkehrsschutz wird durch diese Rechtsprechung drastisch eingeschränkt. Bei einer Auseinandersetzung im Dreiecksverhältnis Eigentümer, nichtberechtigter Verfügender und gutgläubiger Dritter kommt es zwangsläufig zu einer späteren Kenntnis des Erwerbers von dem Diebstahl. Will man in all diesen Fällen mit Verweis auf den französischen Hehlereiparagraphen den gutgläubigen Dritten zur Rückgabe bewegen, dann entzieht man dem Gutglaubenserwerb eine entscheidende Grundlage.

(4) Die Gutglaubensvermutung des Art. 2268 C.c.

Das Vorliegen des guten Glaubens wird vermutet. Dies ist in Art. 2268 C.c. ausdrücklich bestimmt. Diese Vermutung wird jedoch schon dadurch entkräftet, daß sich aus den Umständen, zum Beispiel dem besonders niedrigen Preis des Produktes, etwas anderes ergibt ⁸⁶⁾.

86) Req. 11.1.1937, D.H. 1937, 97; Paris 17. März 1954, D. 1954, Somm. 60: "Cette bonne foi, qui doit exister au moment de l'entrée en possession, est présumée, sauf preuve contraire, laquelle peut être faite par tout moyen" ...
"L'acquéreur ne peut être dit de bonne foi qu'autant qu'aucune circonstance n'a été de nature à éveiller sus soupçons sur la légitimité de la possession de la personne qui lui a livré l'objet" ...
Eine Vermutung für den guten Glauben gibt es in nahezu jeder Rechtsordnung, und zwar entweder ausdrücklich oder aber von der Rechtsprechung entwickelt, vgl. nur Art. 2002 Burgerlijk Wetboek, Art. 3 ZGB, Art. 1147 al. 2 Codice civile.

Interessant ist wiederum die Parallele zum deutschen Recht:

Die Legaldefinition in § 932 Absatz II BGB schließt die Gutgläubigkeit bei Kenntnis, aber auch bei grob fahrlässiger Unkenntnis der Nichtberechtigung des Veräußerers aus. Das französische Recht erzielt ein ähnliches Ergebnis im Wege der Auslegung des Art. 2268 C.c., der bei fahrlässiger Unkenntnis zum Ausschluß des guten Glaubens kommt. Ebenso wie im französischen Recht wird im deutschen Recht die Gutgläubigkeit des Erwerbers generell vermutet. Für die Gutglaubensvermutung wurde keine gesonderte Vorschrift geschaffen, sie ergibt sich jedoch aus § 932 Absatz I Satz 1:

" ... es sei denn, daß er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist".

- (5) Der gültige Erwerbstitel, "juste titre", als ein Bestandteil des Gutglaubenserfordernisses

Das französische Recht verzichtet bekanntlich auf das Vorliegen eines gesondert zu prüfenden Eigentumserwerbsaktes für die wirksame Übertragung von Eigentum. Ausreichend ist vielmehr die Willensübereinstimmung bei Kaufabschluß gemäß § 1138 C.c.

Das spricht zunächst dafür, das Vorliegen eines gültigen Eigentumserwerbsaktes auch im Bereich des Gutglaubensschutzes völlig unberücksichtigt zu lassen. Dies würde dann aber dazu führen, daß ein Gutglaubenserwerb auch dann möglich ist, wenn der Erwerber zwar vom Eigentum des Veräußerers ausgeht, aber genau weiß, daß der Eigentumserwerbsakt bzw. der Kauf oder eine

andere der Besitzübertragung zugrunde liegende Vereinbarung fehlerhaft oder ungültig war. Dies kann nicht der Sinn und Zweck einer Gutgläubensschutzregelung sein, da eine solche Regelung zu einer Besserstellung des Erwerbers vom Nichtberechtigten gegenüber dem Erwerber vom Berechtigten führen würde.

Es stellt sich also für die französische Rechtsprechung und Lehre die Frage, ob der gute Glaube im Sinne des Art. 2279 C.c. sich auf den guten Glauben an das Eigentum des Veräußerers beschränken soll oder ob der Erwerber zusätzlich davon ausgehen muß, daß ein gültiger Eigentumserwerbsakt beziehungsweise Eigentumserwerbstitel vorliegt. Da es nicht um den tatsächlichen Bestand eines Eigentumserwerbstitels, sondern nur um dessen Bestand in der Vorstellung des Erwerbers geht, handelt es sich also lediglich um einen Putativtitel, "titre putatif".

In einer älteren Entscheidung ⁸⁷⁾ war der Kassationshof der Ansicht, daß die Kenntnis von dem Fehlen des Titels dem Erwerber dann nicht entgegengehalten werden könne, wenn er nur in bezug auf das Eigentum des Veräußerers gutgläubig gewesen sei.

In der neueren Lehre ist diese enge Auffassung von Gutgläubigkeit mehr und mehr zurückgedrängt worden und hat einem Gutgläubensbegriff Platz gemacht, der das Vorliegen eines gültigen Erwerbstitels miteinbezieht. Mazeaud ⁸⁸⁾ definiert wie folgt:

"... il faut, au moins, que le possesseur eut cru son titre translatif, puisqu'il ne serait pas de bonne foi s'il n'avait pas cru acquérir la propriété".

87) Cass. civ. 6. Juli 1886, D. 1887.1.25

88) Mazeaud, t.2 vol 2, Paris 1969, Nr. 1536, vgl. auch Baki, aaO., S. 233, der auf Pothier als denjenigen verweist, der diesen Gedanken zuerst aufgriff.

Der Gutglaubensbegriff wird erweitert. Es reicht nicht aus, an das Eigentum des Veräußerers zu glauben, der Erwerber muß vielmehr davon ausgehen können, Eigentümer geworden zu sein. Dies ist jedoch nur mit einem gültigen Erwerbstitel möglich ⁸⁹⁾.

Dahinter steht die Wertung, daß derjenige, der wohl glaubt, vom Eigentümer zu erwerben, aber genau weiß, daß der Erwerbstitel nichtig ist, keinen Verkehrsschutz verdient ⁹⁰⁾. Baki ⁹¹⁾ unterstreicht diesen Gedanken mit dem Argument, daß der Verkehrsschutz als der dominierende Schutzzweck des Art. 2279 C.c. gleichzeitig auch die Grenzen dieser Vorschrift aufzeigen müsse. Danach könne nur ein Erwerber geschützt werden, der sich den Verkehrsgebräuchen entsprechend und somit rechtschaffen verhält. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn der Erwerber auch wirklich alles in seiner Macht Liegende getan zu haben glaubt, um Erwerber zu werden, also auch glaubt, einen wirksamen Vertrag mit demjenigen abgeschlossen zu haben, den er für den Eigentümer hält.

89) Zum Putativtitel vgl. ferner: Cass. civ. 11. Juli 1960, D. 1960.2.702 mit Anm. Voirin; Ripert-Bou-langer II Nr. 2837; kritisch dazu Baki aaO., S. 259; dagegen: Cour d'Angers 1. Juli 1947 D. 1947.2.421 Die Rechtssprechung und Lehre zum Putativtitel hat in Art. 2357 Código civil argentino ihren Niederschlag gefunden: "El título putativo equivale a un título realmente existente, cuando el poseedor tiene razones suficientes para creer en la existencia de un título a su favor ..."

90) Dabei unterscheidet Mazeaud, vgl. Fußn. 88, jedoch die absolute und die relative Nichtigkeit (nullité absolue et relative). In dem Fall, in dem der Erwerber mit einem Geschäftsunfähigen kontrahiere und damit rechnen konnte, daß dieser sich nicht auf seine mangelnde Geschäftsfähigkeit berufen werde (dem französischen Recht ist der absolute Vorrang des Minderjährigenschutzes fremd, vgl. Baki S.232) liegt nach Mazeaud nur eine "nullité relative" vor. In diesem Fall kann gutgläubig gem. Art. 2279 C.c. erworben werden.

91) Baki aaO., S. 232

Nur in diesen Grenzen sei die "fonction sociale" des Gutglaubensschutzes glaubhaft und berechtigt ⁹²⁾.

Beim gutgläubigen Pfandrechtserwerb wird dagegen immer ein "juste titre" unabhängig vom guten Glauben des Erwerbers gefordert ⁹³⁾. Ein Putativtitel reicht also nicht aus. Durch diese Regelung soll sichergestellt werden, daß der gutgläubige Pfandrechtserwerber nicht besser gestellt wird als der Pfandrechtserwerber vom Berechtigten.

e) Rechtsfolge des Art. 2279 C.c.

Befaßt man sich mit der Rechtsfolge des Art. 2279 C.c., so muß vor allen Dingen die Frage interessieren, ob der gutgläubige Erwerber vollwertiges, unbelastetes Eigentum erhält.

Das französische Recht hat bisher hier nicht eindeutig Stellung bezogen. Aus dem besitzrechtlichen Lösungsansatz folgt, daß jemand, solange er sich im Besitz der Sache befindet, zweifellos eine Rechtsstellung innehat, die in ihren praktischen Auswirkungen völlig der des Eigentümers entspricht. In dem Moment aber, in dem der Erwerber nach Gutglaubenserwerb wieder den Besitz an der Sache aufgibt und die Sache in die Hände des Alteigentümers zurückgelangt, zeigt sich, daß das französische Recht bisher noch nicht zu der Konsequenz gelangt ist, den gutgläubigen Erwerber wie einen Eigentümer mit allen sich daraus ergebenden Konsequenzen zu behandeln. Das ergibt sich eindeutig aus dem bereits behandelten "Garagisten - Fall".

Die französische Rechtsprechung und Lehre ist bisher nicht so weit gegangen, in Art. 2279 C.c. den Fall eines gesetzlichen Eigentumserwerbs, einer "acquisition lege",

92) Baki, aaO., S. 235

93) Cass. civ. 28. März 1888, D. 88.1.253

zu sehen. Anders als das deutsche Recht, das in § 932 BGB ausdrücklich klarstellt, daß der Erwerber vom Nichtberechtigten in genau dieselbe Rechtsstellung einrückt wie der Erwerber vom Berechtigten, hat das französische Recht bisher nicht ausdrücklich klargestellt, daß der Erwerber, der unter den Voraussetzungen des Art. 2279 C.c. erwirbt, tatsächlich Eigentümer wird. Zwar wird in der französischen Rechtsprechung generell ausgeführt, das Eigentum des Erwerbers gründe sich auf dessen Besitz. Gegen diese Besitzvermutung ist ein Gegenbeweis nur in der Form zulässig, daß der fehlerfreie Besitz selbst in Frage gestellt wird. Umgekehrt ist das Eigentum sofort dann wieder gefährdet, wenn der Besitz, die "possession", aufgegeben wird ⁹⁴⁾. Größere Klarheit schafft dagegen die Bestimmung des Art. 31, die in den Arbeiten zur Reform des Code civil, den Travaux de réforme du C.c. 1946 / 47, festgehalten ist:

"la possession remplissant les conditions requises par la loi fait acquérir la propriété de la chose possédée ou le droit réel exercé sans les distinctions par les titres qui suivent". 95)

Es ist höchst fraglich, ob eine so eindeutige Formulierung, die das Eigentumsrecht des Erwerbers festschreibt, weiterhin zulassen würde, dem Erwerber das Eigentumsrecht abzusprechen, wenn die Sache nach Besitzaufgabe wieder in die Hand des Alteigentümers zurückfällt. Die Lösung des "Garagisten - Falles" ließe sich mit dem neugefaßten Art. 31 kaum mehr begründen.

94) Cass. req. 11. Nov. 1927 D. per 1928.1.172; Dies gilt jedoch nicht in der beweisrechtlichen Funktion des Art. 2279 C.c. Hier ist der uneingeschränkte Gegenbeweis möglich. Insbesondere kann sich der Rechtsvorgänger auf einen gültigen Titel berufen, der ihm das Eigentum zuspricht.

vgl. Marty-Raynaud II, 400, 401; Weill, aaO., 497
95) Travaux de la commission de réforme du Code civil 1946 - 47, S. 1002

Daß man im Code civil bisher darauf verzichtete, ausdrücklich zu bestimmen, daß der Erwerber Eigentum vom Nichtberechtigten erwirbt, mag daran liegen, daß auch der Eigentumserwerb vom Berechtigten im französischen Recht nicht abstrakt geregelt ist. Art. 711, 1138, 1583 C.c. bestimmen, daß sich der Eigentumserwerb allein "par l'effet du contrat" vollzieht.

Die französische Regelung, dem gutgläubigen Erwerber nicht eindeutig das Eigentum zuzuweisen, hat ferner zur Konsequenz, daß sich auch die Nacherwerber des gutgläubigen Erwerbers unter Umständen auf die Gutglaubensvorschriften beziehen müssen. Im deutschen Recht brauchen sich die Nacherwerber dagegen nicht mehr auf Gutglaubensvorschriften zu berufen, da sie eindeutig vom Eigentümer erworben haben und für die Anwendung von Gutglaubensvorschriften kein Platz mehr ist.

2. Art. 2279 al. 2 C.c.

Art. 2279 al. 2 C.c. bestimmt, daß der Alteigentümer sein Vindikationsrecht gegenüber jedem gutgläubigen Besitzer behält, wenn ihm die Sache gestohlen wurde oder er die Sache verloren hat. Ein generelles Merkmal, wie es in § 935 BGB im "sonstigen Abhandenkommen" normiert ist, ist dem Code civil fremd.

a) Der Diebstahlsbegriff des Art. 2279 al. 2 C.c.

Der Diebstahl, "vol", wird als eine betrügerische Besitzentziehung fremder Sachen definiert, als eine "soustraction frauduleuse de la chose d'autrui" ⁹⁶⁾.

96) Cass. civ. 23. Okt. 1957, D. 1957.745

Bei dieser Definition lehnt sich das französische Recht strikt an den strafrechtlichen Diebstahlsbegriff an, wie er in Art. 379 Code penal normiert ist ⁹⁷⁾. Ein Betrug, "fraude", gemäß Art. 405 Code penal oder eine Unterschlagung, "abus de confiance", oder eine Veruntreuung, "violation de dépôt", gemäß Art. 408 Code pénal lassen sich dagegen nicht unter den Diebstahlsbegriff des Art. 2279 al. 2 C.c. subsumieren.

Zunächst war die Abgrenzung vom Diebstahl zu Betrug und Unterschlagung nicht völlig unumstritten. Das lag einmal daran, daß der Code pénal zunächst den Diebstahl nicht scharf vom Betrug abgrenzte. So kam es, daß zunächst Betrug und Diebstahl gleich behandelt und nur der Begriff der Unterschlagung nicht vom Diebstahlsbegriff umfaßt wurde. Nur bei der Unterschlagung, so wurde zunächst argumentiert, sei die Willensbildung des Alteigentümers in keiner Weise beeinträchtigt worden. Allein in diesem Falle könne von einer freiwilligen Besitzaufgabe gesprochen werden, nicht dagegen beim Betrug ⁹⁸⁾.

Durch diese Auslegung wird der Anwendungsbereich des Art. 2279 C.c. wesentlich eingeschränkt. Diese Auslegung des Diebstahlsbegriffs im Rahmen des Art. 2279 al. 2 C.c. wurde jedoch bald überwunden. Heute stehen Rechtsprechung und Lehre einhellig auf dem Standpunkt, daß mit "vol" nur der Diebstahl im heutigen strafrechtlichen Sinne gemeint ist, der Betrug

97) Art. 379 C. pen.

"Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas est coupable de vol". Art. 379 greift grundsätzlich nur ein, wenn die Besitzaufgabe unfreiwillig erfolgte, Crim. 24. Nov. 1927, Bull. crim. Nr. 266

98) Dijon 28. Nov. 1856 S. 57 II. 452; Paris 13. Jan. 1834, S. 1834 II.91; Baki aaO., S. 393; Troplong, De la prescription, t. II, Nr. 1069, 1070

dagegen nicht umfaßt wird ⁹⁹⁾. Ausschlaggebend war hier wiederum der Schutzzweck des Art. 2279 C.c., der Verkehrsschutz. Eine Einbeziehung des Betruges in die Ausnahmeregelung des Art. 2279 al. 2 C.c. würde eine wirksame Sicherung des Verkehrsschutzes nicht gewährleisten können ¹⁰⁰⁾.

b) Der Verlustbegriff des Art. 2279 al. 2 C.c.

Im Gegensatz zur engen Auslegung des Diebstahlsbegriffs wird der Verlust, die "perte", sehr weit gefaßt. Der Tatbestand des Verlustes ist auch dann erfüllt, wenn die Sache durch eine Nachlässigkeit, durch Lieferung an eine falsche Adresse, aber auch durch höhere Gewalt abhandenkommt:

"... toutes les fois que le meuble a été égaré, soit par l'effet d'une négligence, soit par une fausse adresse, soit par l'effet de force majeure" .101)

Noch weiter in seiner Definition des Verlustes geht Poincaré, der einen Verlust immer dann annehmen will, wenn der Besitzer ohne sein Wissen den Besitz hat aufgeben müssen und kein Diebstahl vorliegt:

"Choses perdues ... sont toutes les choses dont la possesseur a été dessaisi à son insu autrement que par vol". 102)

-
- 99) Mourmant, aaO., S. 13; Civ. 6. Juli 1886, D.P. 87. 1.25; Req. 16. Juli 1884, D.P. 65.1.232; Trib.civ. Seine, 10. Jan. 1941, D.A. 1941.J.93; Civ. 19. Juni 1928, D.P. 1929.1.45
- 100) Civ. 16. Juli 1884 D.P. 1885.1.232; S. 1886.1.407; Req. 2. März 1892 D.P. 1895.1.198; Civ. 19. Juni 1928 D.H. 1928.448
- 101) Planiol-Ripert III Nr. 390; Baudry-Lacantinerie, Tissier, Prescription ch.21, Nr. 896
- 102) Poincaré, De la revendication des meubles, thèse Paris 1883, S. 237

Der Begriff des Verlustes dient also dazu, sämtliche Fälle des unfreiwilligen Besitzverlustes ergänzend abzudecken ¹⁰³⁾.

Im französischen Recht ist somit die Grenze zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust gleich gezogen wie im deutschen Recht, ohne daß es der Normierung eines zusätzlichen Merkmals bedurft hätte.

Diese Parallelität erstreckt sich auch auf die Fälle, in denen nicht dem Eigentümer, sondern einem für den Eigentümer besitzenden Fremdbesitzer die Sache gestohlen wird bzw. sie ihm verloren geht ¹⁰⁴⁾. Das BGB regelt diese Frage in § 935 I Satz 2 BGB.

c) Rechtsfolge

Liegen die Voraussetzungen des Art. 2279 al. 2 C.c. vor, so kann der Eigentümer die Sache in einem Zeitraum von genau drei Jahren, vom Zeitpunkt des Diebstahls, bzw. Verlustes an gerechnet, zurückfordern.

Die Herausgabeklage kann außer vom Eigentümer auch von einem Pfandgläubiger oder Verwahrer, der mit der Überwachung der Sache betraut und für sie verantwortlich war, geltend gemacht werden ¹⁰⁵⁾. Dies ergibt sich daraus, daß Art. 2279 al. 2 C.c. auch den Besitzschutz regelt.

103) Mourmant aaO., S. 19 ff; Trib. civ. Seine 12. Dez. 1933, Gaz. du Palais 1924 I.96; Planiol-Ripert III Nr. 390, Zur weiteren Auslegung der "perte" z. B. bei bewußtem Zurücklassen infolge höherer Gewalt vgl. Trib. civ. Seine 12. Dez. 1923 D.H. 1924.55; Trib. com. Marseille, 25. Mai 1937, S. 1938 II, 105

104) Planiol-Ripert III Nr. 391

105) Civ. 5. Jan. 1872, D.72.1.161; Civ. 28. März 1888, D.88.1.253, S. 88.1.265; Trib. civ. Hazebrouk 15. März 1901, D.1902.2.11; Baudry-Lacantinerie et Tissier, Nr. 887: "La loi autorise la revendication au profit de celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose".

Die Frist von drei Jahren wird als "délai préfix" oder "délai de déchéance", bezeichnet, was soviel wie vorfixierte Frist oder Verwirkungsfrist bedeutet. Anders als bei einer Ersitzungs- bzw. Verjährungsregelung greifen "causes d'interruption" sowie "causes de suspension" nicht ein. Im Extremfall bedeutet dies, daß jemand, der in dem letzten Tage des dritten Jahres die gestohlene oder verlorene Sache erstet, dennoch bei Ablauf der Drei-Jahres-Frist gemäß Art. 2279 C.c. gutgläubiger Erwerber wird, wenn die übrigen Voraussetzungen des Art. 2279 C.c. vorliegen¹⁰⁶⁾. Von dem bösgläubigen Besitzer kann die Sache gem. Art. 2262 C.c. binnen dreißig Jahren herausverlangt werden.

Ohne hier schon eine ausführliche Vergleichswertung vornehmen zu wollen, fällt auf, daß im französischen Recht der gutgläubige Erwerber einer abhandengekommenen Sache schon nach dem Ablauf von drei Jahren mit dem gutgläubigen Erwerber einer anvertrauten Sache gleichgestellt wird. Der Erwerber wird also in weit höherem Maße geschützt als im deutschen Recht. Die Differenzierung von freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust hat lange nicht so starke Konsequenzen wie im deutschen Recht.

d) Rückgriff

Art. 2279 al. 2 C.c. umfaßt ferner ein Rückgriffsrecht. Derjenige, der die Sache an den Alteigentümer

106) Hier läßt sich auch anders differenzieren, vgl. Art. 447 Código de Comercio Argentino, der sich an Art. 2279 al. 2 C.c. anlehnt, aber nicht auf den Zeitpunkt des Verlustes bzw. Diebstahls abstellt, sondern auf den Zeitpunkt der Besitzerlangung: "El que durante tres años ha poseído con buena fe una cosa mueble, robada o perdida, adquiere el dominio por prescripción sea el verdadero dueño haya ausente o presente". Dagegen bestimmt die französische Rechtsprechung ausdrücklich: "Ce délai court du jour de la perte ou du vol", Civ. 5. Dez. 1876, D.77.1.165, S. 77.1.20

herausgehen mußte, hat einen Rückgriffsanspruch aus Garantiehaftung gem. Art. 1626 C.c. gegenüber demjenigen, der ihm die Sache verkauft hat ¹⁰⁷⁾.

Dieser Rückgriff ist ihm jedoch abgeschnitten, wenn er durch sein eigenes Verschulden den Rückgriff desjenigen, der ihm die Sache veräußert hat, gegenüber dessen Vormann vereitelt ¹⁰⁸⁾. Ein solches Verhalten ist dabei völlig unabhängig vom guten Glauben zu würdigen. In diesem Fall haftet er dem Veräußerer auf Schadenersatz und kann demzufolge bezüglich des ihm selbst entstandenen Schadens nicht Rückgriff nehmen.

3. Art. 2280 C.c.

In Art. 2280 C.c. schränkt der französische Gesetzgeber die in Art. 2279 al. 1 und al. 2 enthaltene Differenzierung nach freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust wieder ein.

Unter bestimmten Kaufumständen, bei öffentlichem Kauf, Marktkauf und Messekauf sowie bei Kauf bei einem Händler, der mit Sachen gleicher Art und Güte zu handeln pflegt, ist ein Erwerb auch von gestohlenen oder verlorenen Sachen möglich. Das französische Recht normiert in Art. 2280 C.c. ein Lösungsrecht des Alteigentümers. Gegen Erstattung des Kaufpreises kann der Alteigentümer seine Sache vom gutgläubigen Erwerber zurückverlangen. Dem Alteigentümer ist demnach freigestellt, ob er sein Vindikationsrecht ausüben will oder nicht. Da er im Falle der Vindikation den Kaufpreis

107) Civ. 8. Dez. 1873.S.74.1.104; Baudry-Lacantinerie et Tissier Nr. 892

108) Civ. 5. Mai 1876, D.74.1.291, S. 75.1.49 Anm. Labbé; Baudry-Lacantinerie et Tissier, aaO., Nr. 892; Planiol-Ripert III Nr. 397

erstatten muß, wird er von dem Lösungsrecht nur dann Gebrauch machen, wenn er ein bestimmtes Affektionsinteresse an der Sache hat. Dies ist nur in den seltensten Fällen gegeben. Tatsächlich hat Art. 2280 C.c. demnach zur Folge, daß der gutgläubige Erwerber einer durch "vol" oder "perte" abhandengekommenen Sache unter bestimmten Kaufumständen wie ein gutgläubiger Erwerber gemäß Art. 2279 al. 1 C.c. behandelt wird.

Dies ist auch die eigentliche rechtspolitische Zielsetzung des Art. 2280 C.c. ¹⁰⁹⁾.

Kurz nach der Schöpfung der Maxime "en fait de meubles la possession vaut titre" erkannte man, daß man mit der Ausnahmeregelung des Art. 2279 al. 2 C.c. für Verlust und Diebstahl die Rechte des gutgläubigen Besitzers zu sehr vernachlässigt hatte. Besonders in den Fällen, in denen der Erwerber die Sache unter völlig normalen Kaufumständen und den Handelsgebräuchen entsprechend erworben hatte sowie kein Anlaß dazu bestand, besondere Nachforschungen über die Herkunft der Sache anzustellen, sah man den völligen Ausschluß des Gutgläubenserwerbs bei Verlust und Diebstahl als unbillig an ¹¹⁰⁾. Deshalb führte man in den Fällen, in denen man dem gutgläubigen Besitzer keine näheren Nachforschungen über die Herkunft der Sache zumuten wollte, zur materiellen Absicherung des Erwerbers bereits sehr früh das Lösungsrecht ein.

Bereits im 16., 17. und 18. Jahrhundert war der Kauf einer gestohlenen Sache, wenn die Sache auf einer öffentlichen Messe bzw. einem öffentlichen Markt erworben wurde, privilegiert, indem man dem Eigentümer die Vindikation nur gegen Erstattung des Kaufpreises an den Besitzer gestattete. Bei der Schöpfung des

109) Planiol-Ripert III Nr. 394

110) Mourmant, aaO., S. 26; vgl. auch Carbonnier t.3,6 ed S. 267, der in diesem Zusammenhang von einer "bonne foi renforcée" spricht.

Code civil knüpfte man an dieses gemeinrechtliche Marktprivileg an und argumentierte, daß bei gewissen Kaufumständen der Gutglaube des Erwerbers verstärkt zu schützen sei. Dennoch war der Zweck, der bei Schaffung des Art. 2280 C.c. erreicht werden sollte, völlig von den gemeinrechtlichen Prinzipien des "ancien droit" verschieden:

Das Marktprivileg hatte einzig und allein zum Ziel, dem Erwerber das Rückgriffsrisiko gegenüber dem schlecht zu belagenden fahrenden Händler zu nehmen und so den Handel auf den einzelnen Marktplätzen zu fördern.

Mit dem Lösungsrecht in Art. 2280 C.c. wollte man dagegen generell den Erwerber im Umsatzbereich besserstellen.

Dies wird vor allem aus den in Art. 2280 C.c. zusätzlich geschaffenen Merkmalen des "marchand vendant des choses pareilles" deutlich. Der Begriff des Händlers, der mit gleichartigen Sachen handelt, ist in dieser Form nie in die gewohnheitsrechtlichen Maximen des Marktprivilegs eingeflossen. Dazu ergibt sich, daß die Zielsetzung des Marktprivilegs wesentlich enger war als die Zielsetzung des Art. 2280 C.c.. Diese Vorschrift will den Erwerbsschutz nicht nur auf bestimmten Handelsplätzen, sondern insgesamt dort erweitern, wo Handel betrieben wird.

a) Die privilegierten Tatbestände des Art. 2280 C.c.

Die Begriffe "foire", "marché" sowie "vente publique" stellen auf das objektive Vorliegen eines Messe- oder Marktkaufes beziehungsweise öffentlichen Verkaufes ab. Darin sind sich Rechtsprechung und Lehre einig¹¹¹⁾. Die Definition dieser Begriffe ist unproblematisch.

111) Marty-Raynaud, aaO., S. 397;
Paris 7. Feb. 1950, D. 1951.450 Anm. Lalou

Dagegen tauchen beim Begriff des "marchand vendant des choses pareilles" folgende Problemkreise auf ¹¹²⁾:

1. Von welchen Einzelkriterien soll abhängig gemacht werden, ob ein Händlertyp im Sinne des Art. 2280 C.c. vorliegt?
2. Müssen diese Einzelkriterien jeweils objektiv vorliegen oder ist deren Vorliegen nur subjektiv aus der Warte des Käufers zu beurteilen?

Die Einzelkriterien für einen Händler, der mit gleichartigen Sachen handelt, "marchand vendant des choses pareilles", lassen sich nicht fest bestimmen, sondern müssen in jedem Einzelfall neu gewürdigt werden. Dabei sind die Merkmale der Öffentlichkeit, "publicité", sowie der Gewohnheit, "habitude", bei der Wertung entscheidend ¹¹³⁾. Ein Händler im Sinne des Art. 2280 C.c. muß seinen Geschäften immer in der Öffentlichkeit nachgehen. Anhaltspunkte dafür sind die Eintragung im Handelsregister, ein Firmenschild, öffentliches Geschäftslokal etc. Ferner muß jedermann davon ausgehen können, daß er bei dem betreffenden Händler gleichartige Sachen auf Dauer kaufen kann ¹¹⁴⁾. Dazu müssen diese Sachen typisch für das Warensortiment des Händlers sein.

Die Beweislast dafür, daß diese Kaufumstände beim Erwerb vorlagen, trägt der Besitzer bzw. Erwerber ¹¹⁵⁾. Die Frage, ob die soeben angesprochenen Einzelkriterien

112) Zur näheren Ausgestaltung dieses Begriffs vgl. Poitiers, 25. Jan. 1938, D.H. 1938.190

113) Mourmant, S. 29; Seine 12. Dez. 1923, Gaz du Palais 1924.I.96; Nimes 7. März 1927, D. 1928.II.44 Mourmant S. 30

114) Tulle 24. Nov. 1926, D.P. 1927.II.75; Seine 16. Juni 1931, Gaz du Palais 1931.I.409

115) Hazebrouck 15. März 1901, D.P. 1902.2.11

objektiv vorliegen müssen oder nicht, ist im einzelnen umstritten. In der Lehre wird diskutiert, inwieweit ein "marchand putatif", also ein Händler, lediglich in der Vorstellung des Erwerbers, im Rahmen des Art. 2280 C.c. ausreichend ist ¹¹⁶⁾. Inwieweit ausschließlich subjektive Momente genügen sollen, ist im einzelnen umstritten. Nach der Rechtsprechung ist jeder ernstzunehmende Grund, "tout motif sérieux", daß ein Händler im Sinne des Art. 2280 C.c. vorliege, ausreichend. Diese Auffassung wird von der Mehrzahl der Autoren geteilt ¹¹⁷⁾. Es gibt jedoch auch Gegenstimmen, die ausschließlich auf die objektive Sachlage abstellen ¹¹⁸⁾.

- b) Rechtsfolge bei Rückfall der Sache an den Alteigentümer vor Geltendmachung des Lösungsrechtes

Bei näherer Betrachtung des Art. 2280 C.c. ist zu erkennen, daß der Erwerber nur solange in vollem Maße unter dem erweiterten Erwerbsschutz des Art. 2280 C.c. steht, wie die Sache in seinem Besitz, in seiner "possession", steht. Gelangt die Sache auf irgendeine Weise wieder in den Besitz des Eigentümers zurück, hat der Erwerber die Vorteile, die er auf Grund der besonderen Erwerbsumstände genießen konnte, wieder verspielt. Er kann in diesem Fall nicht die Erstattung des Kaufpreises verlangen. Die französische Rechtsprechung sieht in Art. 2280 C.c. lediglich die Normierung eines Zurückbehaltungsrechts gegen den Eigentümer. Zug um Zug gegen Herausgabe der Sache soll der Eigentümer den Kaufpreis erstatten. Kann der Besitzer auf Grund des

116) vgl. zum "marchand putatif" Mourmant S. 31

117) Troplong, traité de la vente, t. I. Nr. 242; Amiens 14. Mai 1895, D.1896.II. 468

118) Folleville, traité de la possession de meubles 2.ed. Nr. 145. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, daß im österreichischen Zivilrecht nur auf die objektive Lage abgestellt werden muß, vgl. Klang, aaO., § 367 I 2 a

mangelnden Besitzes sein Zurückbehaltungsrecht nicht mehr geltend machen, erlischt nach Auffassung der Rechtsprechung der Anspruch des Käufers auf Rückerstattung¹¹⁹⁾ des Kaufpreises.

Bei Art. 2280 C.c. zeigt sich somit eine ähnliche Problematik wie bei unserem Ausgangsfall:

"Possession" und "bonne foi" gewähren dem Erwerber einer gestohlenen beziehungsweise verlorenen Sache zwar das Recht, diese Sache zu behalten, solange nicht der Eigentümer Wertersatz geleistet hat, und stellen ihn insofern dem Erwerber nach Art. 2279 C.c. gleich. Mit dem Verlust der "possession" und erneuter Besitzerlangung auf Seiten des Besitzerwerbers erlöschen diese Rechte jedoch und die Rechte des Alteigentümers leben in vollem Umfang wieder auf. Der Erwerbsschutz ist im wesentlichen auf ein "Behaltendürfen" beschränkt. Jeder Besitzverlust birgt das Risiko, die erworbene Rechtsstellung wieder zu verlieren. Hier ist ein gravierender

119) Paris 7. Feb. 1950 und 3. Jan. 1951, D. 1951.456, Anm. Lalou; Civ. 22. Feb. 1956, D. 1956.286, kritisch dazu und für Anwendung des Art. 2280 C.c. auch in diesem Fall: Weill, les biens, S. 402; die Rechtsstellung des Erwerbers gem. Art. 2280 C.c. wird bei der Rückgabe der Sache vor Geltendmachung des Lösungsrechts noch zusätzlich dadurch verschlechtert, daß ihm in diesem Fall der Rückgriff gegen den Händler versagt wird, mit der Begründung, der Erwerber habe seine "imprudence" in diesem Fall zu vertreten, er habe wissen müssen, daß die Forderung gegen den Alteigentümer mit dem Verzicht auf die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts erlösche, vgl. Civ. com. 2. Dez. 1958, Bull. civ. 1958.I Nr. 416, S. 353

Der Erwerber kann gem. Art. 2280, 2279, 1626 C.c. aus Garantiehaftung gegen den "marchand vendant des choses pareilles" vorgehen, wenn die Sache in der Zwischenzeit einen höheren Wert als den Kaufpreis erreicht hat, vgl. Paris. 3. Jan. 1951, D. 1951.456, Mazeaud, t.2. obligations, biens, Nr. 1558

Einschnitt in die Rechtsstellung des gutgläubigen Erwerbers erkennbar, der aus dem possessorischen Ansatzpunkt der französischen Lösung herrührt.

- c) Auf den "possesseur actuel" beschränkter Anwendungsbereich des Art. 2280 C.c.

Ein weiterer Problemkreis bei der Anwendung des Art. 2280 C.c. ergibt sich aus der Tatsache, daß die Rechtsprechung den Anwendungsbereich des Art. 2280 C.c. auf den "possesseur actuel" beschränkt:

Wenn der Erwerber gemäß Art. 2280 C.c. die Sache weiterveräußert und dies nicht unter den besonderen Kaufumständen des Art. 2280 C.c. geschieht, setzt er sich unmittelbar dem Rückgriffsrisiko des Erwerbenden gemäß Art. 1626 C.c. aus. Von dem letzten Erwerber kann der Alteigentümer die gestohlene bzw. verlorene Sache nämlich herausverlangen, ohne daß er den Kaufpreis erstatten müßte¹²⁰⁾.

In der Lehre wird diese Beschränkung des Anwendungsbereichs auf den "possesseur actuel" kritisiert. Die Besserstellung des Erwerbers, der unter bestimmten Kaufumständen erwirbt, wird schlagartig reduziert, wenn er die Sache "normal" weiterveräußert. Mit der Veräußerung geht das Rückgriffsrisiko vom Alteigentümer auf ihn über. Die Beschränkung des verstärkten Erwerbschutzes auf den "possesseur actuel" bewirkt also wiederum, daß der verstärkte Erwerbsschutz auf das "Behaltendürfen" der Sache beschränkt ist. In der Lehre

120) Trib. civ. Seine 17. Feb. 1911, Gaz des Trib. 20. April 1911; Cour d'appel de Paris, 13. Nov. 1930, Gaz. des Trib. 6. Dez. 1930; Cass. civ. 11. Feb. 1931, S. 1931.1.273; Cour d'appel de Paris 2. März 1933, Gaz. du Palais 1933.I.952

wird daher die Meinung vertreten, Art. 2280 C.c. auch dann anzuwenden, wenn nicht der Erwerber, sondern ein Rechtsvorgänger unter den Umständen des Art. 2280 C.c. erworben hat und dem letzten Erwerber ein Rückgriffsrecht gegen seinen Rechtsvorgänger zusteht. Auf diese Weise sei gewährleistet, daß derjenige, der unter den Umständen des Art. 2280 C.c. erwirbt, keine Schlechterstellung durch die Veräußerung der Sache erfahre ¹²¹⁾. Es ergibt sich daraus folgendes:

Veräußert der gutgläubige Erwerber einer gestohlenen bzw. verlorenen Sache, der unter den Kaufumständen des Art. 2280 C.c. erworben hat, dieselbe Sache wiederum unter entsprechenden Kaufumständen, hat er kein Rückgriffsrisiko zu befürchten. Das Rückgriffsrisiko trägt allein der Alteigentümer, der seine Sache nur gegen Zahlung des Kaufpreises auslösen kann. Dieses Rückgriffsrisiko besteht nach der soeben beschriebenen Auslegung des Art. 2280 C.c. auch dann nicht, wenn der letzte Erwerb nicht unter den Kaufumständen des Art. 2280 C.c. stattgefunden hat. In diesem Fall kann der letzte Erwerber sich gegenüber dem Alteigentümer darauf berufen, daß die Sache bereits vor seinem Erwerb unter den Kaufumständen des Art. 2280 C.c. verkauft worden sei. Statt Rückgriff bei seinem Rechtsvorgänger aus Garantiehaftung gem. § 1626 C.c. zu nehmen, kann er sich auf Art. 2280 C.c. berufen ¹²²⁾.

Diese Auslegung des Art. 2280 C.c. führt damit zu dem Ergebnis, daß der Erwerberschutz auf Dauer verstärkt würde, wenn die bewegliche Sache den Bereich des

121) Baudry, Lacantinerie et Tissier XXV Nr. 908 S. 719

122) Mourmant, Diss. Lille 1936, S. 92

Individualverkehrs verläßt und einmal in den Umsatzbereich gelangt ist. Dagegen kommt es nicht darauf an, daß die Sache im Umsatzbereich verbleibt.

Allerdings geht diese Regelung nicht soweit, generell Art. 2280 C.c. zur Anwendung gelangen zu lassen, wenn die Sache bei einem der Rechtsvorgänger des Erwerbers unter den Kaufumständen des Art. 2280 C.c. gekauft wurde 123).

123) so aber § 934 II ZGB, der ausreichen läßt, wenn die spezifischen Kaufumstände beim Erwerb des Rechtsvorgängers vorlagen.
vgl. aber Stillschweig, Der Schutz des redlichen Erwerbers, aaO., S. 130, der ausführt, daß zur Begünstigung des Nachmannes, der nicht unter den privilegierten Umständen erwirbt, kein Anlaß besteht. Stillschweig übersieht das Rückgriffsrisiko des Rechtsvorgängers nach Besitzaufgabe bzw. Veräußerung.

Die dogmatisch überzeugendste Lösung dieses Problemkreises bietet Denyse Mourmant in ihrer Dissertation aus dem Jahre 1936 an.

Gestohlenen und verlorenen Sachen soll durch Verkauf bei einem "marchand vendant de choses pareilles" gleichsam der Makel des Abhandenkommens genommen werden ¹²⁴⁾.

Nur auf diese Weise sei der Normzweck des Art. 2280 C.c. erfüllt. Denn nur so werde gewährleistet, daß der Erwerber einer Mobilität von einem "marchand vendant de choses pareilles" unabhängig von der Art und Weise der sich vollziehenden Weiterveräußerung gegen Rückgriff geschützt sei.

Von dieser Sicht ist die Rechtsprechung, wiederum bestimmt durch den rein besitzrechtlichen Lösungsansatz der Art. 2279 und 2280 C.c., jedoch weit entfernt.

- d) Ausschluß des Art. 2280 C.c. beim gutgläubigen Pfandrechterswerb

Ein "créancier gagiste", ein Pfandgläubiger, kann sich wohl auf Art. 2279 C.c. berufen ¹²⁵⁾, nicht jedoch auf Art. 2280 C.c. ¹²⁶⁾.

124) Mourmant aaO., S. 101

"Tant que la chose perdue ou volée n'avait pas été achetée d'un "marchand de choses pareilles" elle était entachée d'un vice, vice de furtivité si l'on veut, dont la conséquence était la possibilité pour la propriétaire de la revendiquer (art. 2279 § 2); le jour où cette chose fait l'objet d'une vente publique, elle a été purgée de son vice". Vgl. auch Art. 934 Abs. 2 Schweizer ZGB, das diese Regelung ausdrücklich festschreibt ..." dem ersten und jedem späteren gutgläubigen Erwerber die Sache nur gegen Vergütung des von ihm bezahlten Preises abgefordert werden."

125) Civ. 19. Juni 1928 D.P., 1929.1.56 Reg. 12. März 1888, D.P. 88.1.104; 23. Okt. 1905, D.P. 1906.1.7

126) Civ. 11. Mai 1888, D.P. 98.1.504

Er kann demnach nicht vom Eigentümer verlangen, daß dieser ihm die Geldmittel zurückerstattet, die er dem Verpfänder der Mobilie zur Verfügung gestellt hat. Dies wird zunächst einmal damit begründet, daß es sich bei Art. 2280 C.c. um eine Ausnahmenvorschrift zu Art. 2279 C.c. handle, die dementsprechend restriktiv auszulegen sei ¹²⁷⁾. Zum anderen wird darauf abgestellt, daß die Vorschrift des Art. 2280 C.c. speziell auf den Käufer einer Sache abgestimmt sei und die rechtspolitische Zielsetzung des Art. 2280 C.c. lediglich den erleichterten Erwerb einer Sache unter privilegierten Umständen betreffen ¹²⁸⁾, nicht jedoch den erleichterten Erwerb eines Pfandrechts.

4. Art. 1141 C.c.

gutgläubiger Erwerb und Doppelverkauf

Art. 1179 C.c. bestimmt, daß durch Einigung, "consentement", der Vertragsparteien die Lieferungsverpflichtung des Verkäufers entsteht und der Erwerber schon vor Übergabe Eigentümer wird.

Wenn nun der Erwerber ein und dieselbe Sache ein weiteres Mal veräußert, verkauft er schon die Sache eines anderen, eine "chose d'autrui".

Würde man in diesem Fall Art. 1599 C.c. anwenden, der bestimmt, daß der Verkauf einer Sache, die nicht im Eigentum des Veräußerers steht, nichtig ist, "la vente d'une chose d'autrui est nulle", könnte somit der Zweiterwerber nicht Eigentümer werden, auch wenn er die Sache bereits in Besitz hätte.

127) Paris 10. Aug. 1894 D. 1895, II 180;
Cass. 11. Mai 1898 S. 98 I 481

128) Mourmant, aaO., S. 41

Hier greift Art. 1141 C.c. ein und bestimmt, daß der Zweiterwerber, der bereits im Besitz der Sache und gutgläubig ist, Eigentümer bleibt. Art. 1141 C.c. stellt nichts anderes dar, als einen speziellen Anwendungsfall des Art. 2279 C.c.¹⁾, denn die soeben beschriebene Rechtsfolge tritt allein in Anwendung des Art. 2279 C.c. ebenfalls ein. So bestimmt Art. 1141 C.c. auch nicht etwa, daß der besitzende, gutgläubige Zweiterwerber Eigentümer wird, sondern in Anwendung der Maxime "en fait de meubles la possession vaut titre" Eigentümer bleibt:

" ... demeure propriétaire."

Demzufolge wird Art. 1599 C.c. genau wie bei seinem Zusammentreffen mit Art. 2279 C.c. so ausgelegt, daß sich ausschließlich der Erwerber auf diese Vorschrift berufen kann, sie aber den Gutgläubenserwerb völlig unberührt läßt.

Art. 1138 C.c. und 1141 C.c. stehen also nicht im Widerspruch zueinander. Der Verkäufer kann dem Zweiterwerber kein Eigentum übertragen. Der Zweiterwerber erwirbt allein aufgrund seines Eigenbesitzes. Für Art. 1138 C.c. ist im Verhältnis zum Zweiterwerber kein Raum²⁾.

Völlig anderen Rechtsprinzipien, sowohl bei der schuldrechtlichen und dinglichen als auch beim Gutgläubensschutz folgend, erzielt das deutsche Recht bei dieser Fallgestaltung ein auf den ersten Blick ähnliches Ergebnis:

Bei Vereinbarung eines Besitzkonstituts muß der Zweit-

1) Planiol-Ripert III Nr. 380 und 621; Aubry et Rau II § 174, vgl. Art. 1154 Codice civile mit entsprechender Regelung, siehe auch oben Seite 48 sect. 25 SGA

2) Planiol-Ripert III Nr. 621

käufer in den Besitz der Sache gelangt sein, um gemäß § 933 BGB gutgläubig zu erwerben. Hat er gewußt, daß die Sache bereits an einen anderen Erwerber veräußert war, scheidet gutgläubiger Erwerb aus. Insoweit besteht im Ergebnis kein Unterschied zur französischen Regelung.

Unterschiede ergeben sich aber dann, wenn der Verkäufer sich gegenüber dem ersten Käufer lediglich verpflichtet hatte, die Kaufsache zu übereignen, dann mit einem zweiten Käufer einen Kaufvertrag schließt und den Besitz an der Sache überträgt. Hat der Zweiterwerber in diesem Fall Kenntnis vom ersten Kaufvertrag, so entfällt nach französischem Recht die "bonne foi" auf Seiten des Erwerbers.

Im deutschen Recht dagegen erwirbt der Zweiterwerber vom Berechtigten. Auf seine Kenntnis bzw. Nichtkenntnis kommt es überhaupt nicht an. Ein gewisser Ausgleich kann lediglich über § 826 BGB hergestellt werden. Die Wertung bleibt im Ergebnis jedoch völlig unterschiedlich. Der Erstkäufer bleibt im deutschen Recht auf schuldrechtliche Schadensersatzansprüche beschränkt, dies unter engen Voraussetzungen und vollem Beweisrisiko in einem Rechtsstreit. Im französischen Recht kann der Erstkäufer dagegen bei bloßem Nachweis der Kenntnis einen dinglichen Herausgabeanspruch geltend machen ³⁾.

Beide Rechtsordnungen kommen in diesem Fall, bestimmt durch unterschiedliche Grundprinzipien, zu völlig unterschiedlichen Ergebnissen, wobei es jedoch voreilig wäre, hieraus einen Schluß in bezug auf die "bessere" Lösung zu ziehen ⁴⁾.

3) vgl. Klug Diss. aaO. S. 133

4) Großfeld RabelsZ. 39(1975) S. 5 ff.

5. Rechtspolitischer Hintergrund der Regelung des
Art. 2279 C.c.

a) Die Immobilienparallele

Dem französischen ist ebenso wie dem deutschen Recht nicht fremd, dem Besitz bei Immobilien dieselbe Kreditschutz- und Rechtsscheinsfunktion zukommen zu lassen, wie die Eintragung im Grundbuch bei unbeweglichen Sachen. So argumentiert Saleilles:

"Qu'il faut, dans l'intérêt des tiers, s'en tenir à l'extériorité du droit au lieu de sa réalité" 1)

Diesen Grundsatz, der zunächst für Immobilien und deren Eintragung aufgestellt wurde, wendet Saleilles auch bei beweglichen Sachen an. Der Besitz ist seiner Meinung nach der eindeutige äußere Anschein des Eigentumsrechts. Den Hauptunterschied zur Publizität bei Immobilien sieht er allein darin, daß die durch Eintragung im Grundbuch fest umrissene, organisierte Publizität geschaffen werde, während bei Mobilien die Publizität des Besitzes gleichsam "natürlich" sei und sich aus dem jeweiligen Lebenssachverhalt ergebe. Da es zudem unmöglich sei, bei Mobilien eine umfassende, organisierte Publizität zu schaffen, solle der Besitz grundsätzlich ausreichen. Nur auf diese Weise lasse sich erreichen, Mobilien eine ähnliche Kreditschutzfunktion zukommen zu lassen wie Immobilien.

Es erstaunt, daß bei diesen Erwägungen zum Besitz als Rechtsscheinsträger nicht mit einem Wort auf sich etwa ergebende Widersprüche zum Konsensualprinzip, wie es in Art. 1138 C.c. festgelegt ist, eingegangen wird.

1) Saleilles, aaO., S. 67
Baur, Sachenrecht § 53 h I 2., S. 502

Art. 1138 C.c. normiert gerade als Normalfall, daß bei Kauf einer Sache das Eigentum sofort vor Übergabe auf den Erwerber übergeht. Die Rechtsprechung hat zudem ausdrücklich klargestellt, daß die Gläubiger des Verkäufers nach Verkauf keinen Zugriff mehr auf die Sache nehmen können, weil sie sich nicht mehr im Eigentum des Veräußerers befinde ²⁾. Dies und eine immer weiter zunehmende Verflechtung der wirtschaftlichen Beziehungen muß zwangsläufig dazu führen, daß die Parallele von Besitz bei Mobilien und grundbuchlicher Eintragung von Immobilien zunehmend verwässert wird. Heute spielt dieser Versuch einer Rechtfertigung des Besitzes als Rechtsscheinsträger eine dementsprechend untergeordnete Rolle sowohl im deutschen als auch im französischen Rechtskreis.

b) Der Grundsatz "res mobilis - res vilis"

Der Gedanke, den Gutgläubensschutz in Frankreich auf die römisch-rechtliche Maxime "res mobilis - res vilis" zu stützen, war den Schöpfern des C.c. nicht fremd. So ist in dem "exposé des motifs" zur Schaffung des C.c. ³⁾ niedergelegt:

"Il faut éviter des procédures que seraient sans nombre et qui le plus souvent excéderaient la valeur des objets de la contestation".

Der Rechtsgedanke des Grundsatzes "res mobilis - res vilis" wird in diesem Satz konzentriert zusammengefaßt.

In der darauffolgenden Entwicklung löste man sich jedoch völlig von diesem Grundgedanken. Dabei verwies man vor allen Dingen darauf, daß das Eigentum an beweglichen Sachen immer mehr an Bedeutung gewinne und

2) Planiol-Ripert, traité pratique III les biens, Paris 1952 Nr. 621; Civ. 24. Juni 1845, D. 45.1.309; S. 46.1.551

3) Bigot et Prémeneau, exposé de motifs de Fenet t XV, S. 600 zitiert bei Tournesac S. 35

daher nicht ohne weiteres geringwertiger als das Eigentum an Immobilien erachtet werden dürfe. Der Satz "en fait de meubles la possession vaut titre" sei zwar geschichtlich noch den Maximen "res mobilis - res vilis" sowie "meubles n'ont pas de suite" verhaftet. Schon bei der Schöpfung der Regel "en fait de meubles la possession vaut titre" habe man jedoch erkannt, daß sich diese Maximen nunmehr als äußerst geeignet erwiesen, um zu einer stärkeren Betonung des Verkehrsschutzgedankens zu gelangen ⁴⁾.

c) Das Verkehrsinteresse

Im Verkehrsinteresse, gefaßt unter die Begriffe "besoins du commerce" und "sécurité des transactions" sah schon Bourjon im wesentlichen die Rechtfertigung des Gutglaubensschutzes ⁵⁾. Hieran hat sich auch in der Folgezeit nichts geändert. Dabei wurde das Verkehrsinteresse keineswegs einseitig aus der Sicht des Erwerbers gesehen, wie ein Urteil aus dem Jahre 1912 ⁶⁾ eindrucksvoll belegt:

"La maxime de l'article 2279 C.c. a ses racines dans l'ordre public, c'est à dire dans l'intérêt général, en ce sens qu'elle protège la commerce dont la prospérité se lie d'une manière étroite à l'intérêt social."

Der Regel "en fait de meubles la possession vaut titre" wird also eine umfassende Ordnungsfunktion zugewiesen. Zusätzlich wird darauf abgestellt, daß es unüblich sei, bei jedem Verkauf bzw. jeder Übergabe von Mobilien einen schriftlichen Vertrag aufzusetzen. Ein solcher schriftlich fixierter Eigentumstitel werde auch üblicherweise nicht verlangt. Selbst wenn einmal der Kauf

4) Poincaré, aaO., S. 218; Baki, aaO., S. 180 ff; Treilhard, Trav. prep. II 1, les biens

5) Bourjon, aaO, t.1.liv. II, tit.1, chap VI, S. 145, section 1

6) Trib. de commerce d'Arras, 17.6.1912, zit. bei Tournesac, aaO., S. 38

schriftlich niedergelegt werde, so sei es doch in vielen Fällen nicht nachvollziehbar, ob die Sache, die laut Vertrag übergeben werden soll, auch tatsächlich mit der Sache identisch ist, die er Erwerber erhalte.

Bewegliche Sachen seien durch ihre Natur dazu bestimmt, von Hand zu Hand zu gehen. Die Transaktion bleibe dabei oft ohne jede Spur. Deshalb sei es schwierig, jede Eigentumsübertragung nachträglich festzustellen.

Da in den meisten Fällen das Eigentum nicht nach außen sichtbar gemacht werden könne, bleibe der Besitz als einziger Publizitätstatbestand bestehen. An den Besitz sei daher anzuknüpfen. Wenn der Käufer in jedem Fall, in dem das Veräußerungsrecht nicht gegeben sei, die Sache herausgeben müsse, so hätte dies eine völlige Verunsicherung des Handels- und Warenverkehrs zur Folge. Durch umfassende Nachforschungen und vorsichtigeres Kaufgebaren werde die Anzahl der Transaktionen von Mobilien zurückgehen ⁷⁾.

d) Der Vorwurfsgedanke

Der Verkehrsschutzgedanke hat die rechtspolitischen Rechtfertigungsversuche von der Entstehung der *Maxime "en fait de meubles la possession vaut titre"* nahezu ausschließlich bestimmt.

Nicht unerwähnt bleiben sollen jedoch die ergänzenden Gedanken der heutigen Lehre, die auf dem Vorwurfsgedanken im engeren und weiteren Wortsinn fußen:

7) Baki, aaO., S. 182, 183

Tournesac (1913) ⁸⁾ faßt seine Erwägungen zum Vorwurfs-
gedanken zusammen unter dem Kapitel "argument d'équité".
Er hält die Lösung des Art. 2279 C.c. auch unabhängig
von Verkehrsschutzerwägungen für die gerechteste Lösung.
Der gutgläubige Erwerber habe sich nichts vorzuwerfen.
Er wußte nichts von dem mangelnden Veräußerungsrecht
seines Vormannes. Da Transaktionen auch nicht schrift-
lich fixiert zu werden pflegen, sei ihm auch nahezu
unmöglich gewesen, weitere Informationen zu erhalten.
Demgegenüber habe der Alteigentümer sein Vertrauen falsch
plaziert:

"il a mal placé sa confiance".

Dieser Vorwurfsgedanke, der auf dem Verschulden, der
"faute", des Alteigentümers aufbaut, war jedoch von
Beginn an nicht unumstritten.

Van Bemmelen (1887) kommt der Verdienst zu, schon sehr
früh aufgezeigt zu haben, daß der Vorwurfsgedanke im
Rahmen des gutgläubigen Erwerbs unhaltbar ist ⁹⁾.

Van Bemmelen zeigt auf, daß es den Erfordernissen des
Wirtschaftslebens ebenso wenig entsprechen könne, die
Anforderungen an die Nachforschungspflichten des
Alteigentümers zu streng anzusetzen. Dann könne letzt-
lich kaum noch eine Sache verliehen, in Verwahrung
oder auch nur in Reparatur gegeben werden. Diese Er-
wägungen, die letztlich auch von einem Verkehrsschutz-
gedanken - allerdings aus der Sicht des Veräußerers-
getragen werden, führen van Bemmelen zu dem Schluß,
daß eine Rechtfertigung des Gutglaubenserwerbs, die von
einer wie auch immer gearteten Verantwortlichkeit oder
Zurechenbarkeit auf Seiten des Veräußerers ausgehe, ab-
zulehnen sei. Wer einen grundsätzlichen Vorwurf da-
raus herleiten wolle, daß der Eigentümer seine Sache

8) Tournesac, aaO., S. 26

9) van Bemmelen, Le Système de la propriété mobilière,
Leyden u. Paris 1887, S. 24

dem "falschen" Mann anvertraut habe, der müsse dies auch, und zwar mit besserem Recht, dann tun, wenn der Eigentümer schlecht auf seine Sache aufgepaßt habe und sie infolge seiner Nachlässigkeit verliere ¹⁰⁾.

Erstmalig im 20. Jahrhundert ¹¹⁾ wird der Verschuldungs- und Vorwurfsgedanke in modifizierter Form dergestalt vertreten, daß der Alteigentümer durch die freiwillige Besitzaufgabe bewußte das Risiko eingegangen sei, daß der, dem er die Sache überlassen hat, mit dieser nicht so verfare, wie dies vereinbart sei. Folglich müsse er auch die sich daraus ergebenden Konsequenzen tragen. Durch die freiwillige Besitzaufgabe habe der Alteigentümer bei der täuschenden Besitzlage mitgewirkt,

"il a coopéré à la méprise".

Deshalb habe er auch nicht das Recht, dem gutgläubigen Erwerber diesen Irrtum vorzuwerfen und diesem wieder zu nehmen, was er mit seinem Zutun erlangt habe.

Zusätzlich wird darauf abgestellt, daß derjenige, der eine ihm gehörende Sache in den Umsatzbereich verbracht habe, die besonderen Erfordernisse des Güterumlaufs zu seinen Lasten gelten lassen müsse. Im Ergebnis sei der Erwerber schutzwürdiger, weil der Eigentümer entweder zurechenbar den Besitzverlust veranlaßt habe, oder doch zumindest freiwillig das Risiko des Besitzverlustes auf sich genommen habe ¹²⁾.

10) Zu beachten ist, daß gerade dieser Punkt in der neueren Kritik zu §§ 932 ff. BGB aufgegriffen worden ist; vgl. Zweigert, RabelsZ, aaO., S. 12

11) vgl. Baki, thèse 1943, S. 186

12) derselbe, S. 187; zur Anknüpfung an die Zurechenbarkeit vgl. Hübner, Rechtsverlust, aaO., S. 97 ff.; einen ähnlichen Lösungsansatz vertritt auch Müller-Erzbach, Das private Recht der Mitgliedschaft, aaO., S. 328 f. sowie der UCC, der auf ein "entrusting of possession to a merchant ..." abstellt, siehe oben Seite 53

Teil II

Rechtspolitische Wertung

A. Unterschiede zum deutschen Recht

Vor einer abschließenden rechtspolitischen Wertung sind zunächst die Unterschiede und Lösungsgleichklänge beider Regelungen kurz zu umreißen.

I. Die Regelung des Gutgläubenserwerbs unter normalen Umständen bei freiwilligem Besitzverlust

Beide Regelungen sind sich in dieser Fallgestaltung recht ähnlich. Dies gilt in bezug auf die Gutgläubensvermutung sowie die im einzelnen an den guten Glauben anzulegenden Maßstäbe. Diese Ähnlichkeit setzt sich in Grenzen, wie wir oben gesehen haben, beim gutgläubigen Erwerb unter gleichzeitiger Vereinbarung eines Besitzkonstituts fort ¹⁾.

II. Die Regelung bei unfreiwilligem Besitzverlust

Sehr ähnlich sind sich beide Rechtsordnungen zunächst in der Abgrenzung von freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust. In beiden Rechtsordnungen ist die Art und Weise der Besitzaufgabe entscheidend, wobei in jeder Rechtsordnung die Grenzlinie zwischen betrügerischem Diebstahl und Betrug gezogen wird ²⁾.

Eines gesonderten Merkmales des "Abhandenkommens" für Fälle des unfreiwilligen Besitzverlustes, die nicht unter den Verlust einer Sache einzuordnen sind, bedurfte es im französischen Recht nicht, da der Begriff

1) Klug, Diss., S. 133, siehe oben Seite 169, 170

2) Die Abgrenzung ist dabei in beiden Rechtsordnungen strafrechtlich vorzunehmen, im deutschen Recht gem. §§ 242, 248 a, 370 I Nr. 5 StGB; vgl. Palandt-Bassenge § 935 An. 2

der "perte" sämtliche Tatbestände des unfreiwilligen Besitzverlustes, die nicht dem Diebstahl zuzuordnen sind, umfaßt ³⁾. Insbesondere lassen beide Rechtsordnungen eine wie auch immer geartete Nachlässigkeit des Eigentümers beim Verlust der Sache außer Betracht.

Die Regelungen unterscheiden sich jedoch grundsätzlich hinsichtlich des Zeitraumes, der verstrichen sein muß, um abhandengekommene beziehungsweise verlorene und gestohlene Sachen gutgläubig zu erwerben:

In Frankreich kann eine solche Mobilität schon nach dem Ablauf von drei Jahren gutgläubig erworben werden, Art. 2279 al. 2 C.c.. Nach deutschem Recht ist gemäß § 937 BGB eine Ersitzung erst nach zehn Jahren möglich. Dieser Zeitraum von zehn Jahren kann sich noch verlängern, zum Beispiel durch Hemmung gemäß §§ 939 und 202 ff. BGB oder durch Besitzwechsel, wenn nicht bei sämtlichen Besitzern die Voraussetzung des § 937 BGB, gutgläubiger Eigenbesitz, vorgelegen hat. Schließlich kann die Ersitzungsfrist durch Geltendmachung des Eigentumsanspruches unterbrochen werden und dann gemäß § 942 BGB erneut zu laufen beginnen ⁴⁾.

Der rechtspolitische Hintergrund beider Regelungen ist völlig unterschiedlich:

3) siehe oben Seite 155

4) Zu beachten ist ferner, daß gem. § 945 BGB S. 1 die Rechte Dritter bei der Ersitzung nicht erlöschen, wenn der Ersitzende von dem Bestehen dieser Rechte später erfährt. Dies ist eine grundsätzlich andere Wertung als die des § 936 BGB, der bestimmt, daß erloschene Rechte Dritter durch nachträgliche Kenntnisnahme oder Weiterveräußerung an einen bösgläubigen Dritten nicht wieder aufleben; vgl. Palandt-Bassenge § 936 Rn. 4). Im französischen Recht wird dagegen bei Gutgläubigkeit nach Ablauf der Dreijahresfrist auch bei gestohlenen und verlorenen Sachen eine "propriété neuve" geschaffen, die unbelastet von Rechten Dritter ist; vgl. Mazeaud t. 2, obligations, biens, 1966, Nr. 1539

Der französische Gesetzgeber hat auch beim gutgläubigen Erwerb von verlorenen und gestohlenen Sachen den Verkehrsschutzgedanken nicht völlig aufgegeben. Das ergibt sich vor allem auf dem Institut des "délai préfix", das nach dem Ablauf von drei Jahren nach Verlust oder Diebstahl die betroffenen Mobilien wieder in vollem Umfang verkehrsfähig macht und ihnen den Makel des Abhandenkommens nimmt.

Demgegenüber spielen bei der zehnjährigen Ersitzungszeit gemäß § 937 BGB Verkehrsschutzermägungen keine Rolle. Tragendes rechtspolitisches Motiv ist hier allein das sogenannte "Beharrungsinteresse" oder "Kontinuitätsinteresse". Nach Ablauf von zehn Jahren soll die Diskrepanz zwischen vermeintlicher Rechtslage - der Eigentümer hält sich mit gutem Grund, aber irrig für den Eigentümer - und tatsächlicher Rechtslage beseitigt werden. Zusätzlich sollen etwa sich aus dem Zeitablauf ergebende Beweisschwierigkeiten dadurch ausgeräumt werden, daß nach der gesetzlich normierten Ersitzungszeit ein endgültiger Rechtsverlust des Eigentümers eintritt. Insofern gleicht die Ersitzung anderen Instituten, bei denen der Zeitablauf zum Vorteil des anderen und zu einer Rechtsbeeinträchtigung beziehungsweise zum Rechtsverlust des anderen Teils führt, wie dies zum Beispiel bei der Verjährung gemäß § 194 BGB oder der Tabular-Ersitzung gemäß § 900 BGB der Fall ist ⁵⁾.

5) Baur, Sachenrecht § 53 h I 2. S. 503

Interessant ist nebenbei, die Entwicklung der Ersitzung seit dem gemeinen Recht zu verfolgen. Dort wurde nämlich zur Ersitzung zusätzlich immer noch gefordert, daß eine "res habilis", eine nicht gestohlene Sache und ein "juste titre", ein eigentumsübertragender Titel vorlag. Erst der Funktionswandel der Ersitzung, wie er sich nach Einführung des gutgläubigen Mobiliarerwerbs vollzog, brachte es mit sich, daß die Ersitzung heute gerade dort eingreift, wo sie früher versagte, nämlich bei abhandelungen kommenen Sachen, vgl. Baur, aaO., S. 502

III. Aus der Gewährung des Lösungsrechts bedingte Unterschiede

Das deutsche Recht kennt nicht das Institut des Lösungsrechts. Es ist bewußt nicht in die Regelung des BGB aufgenommen worden, obwohl es zunächst diskutiert wurde ⁶⁾.

Kennzeichnend für das deutsche Recht ist die Differenzierung zwischen anvertrauten und abhandengekommenen Sachen, die nur in § 935 II BGB durchbrochen ist. Insbesondere wird diese Differenzierung auch in § 366 HGB, der den gutgläubigen Erwerb unter erleichterten Umständen gestattet, in vollem Umfang aufrechterhalten. Demgegenüber gelangt das französische Recht über das Zusammenspiel der Vorschriften der Art. 2279 und 2280 C.c. zu einer grundlegend anderen Wertung. Das Zusammenspiel beider Vorschriften führt in der Praxis zu einer nahezu vollständigen Aufhebung der Differenzierung von freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust. Nur in den seltensten Fällen wird der Eigentümer seine Sache auslösen wollen; dies wird allein dann der Fall sein, wenn er ein besonderes Affektionsinteresse an einer bestimmten Sache hat ⁷⁾. Wenn er von seinem Lösungsrecht nicht Gebrauch macht, kann der gutgläubige Erwerber die Sache auch grundsätzlich dann behalten, wenn sie abhandengekommen ist ⁸⁾.

6) Ein Lösungsrecht war zunächst vorgesehen worden, vgl. I. Entwurf zu BGB § 939, wo es dazu dienen sollte, die Vindikation in den Fällen des § 879, S. 2 des Entwurfs, der der heute in § 935 BGB normierten Regelung entspricht, abzuschwächen.

7) vgl. Weill, aaO., S. 490

8) allerdings wird dem Eigentümer vor dem Ablauf von drei Jahren kein Eigentum zugesprochen, sondern er hat lediglich ein "droit de rétention", ein Zurückbehaltungsrecht, vgl. Paris 7. Feb. 1950 und 3. Jan. 1951, D. 1951.156 Anm. Lalou

Vor allem durch den letztgenannten Privilegierungstatbestand ist dabei gewährleistet, daß ein weit überwiegender Teil sämtlicher getätigter Erwerbsgeschäfte von der Privilegierung des Art. 2280 C.c. erfaßt wird.

Der Code civil erreicht über das Institut des Lösungsrechts somit ein ähnliches Ergebnis wie Art. 1153 Codice civile, ohne dabei jedoch das Affektionsinteresse des Alteigentümers gänzlich zu vernachlässigen.

Die ständige Rechtsprechung schränkt die sich aus dem Zusammenspiel der Vorschriften ergebende Aufhebung der Differenzierung nach freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust allerdings wesentlich dadurch ein, daß sie immer nur auf den "possesseur actuel" abstellt ⁹⁾. Es ist also nach ständiger Rechtsprechung nicht so, daß abhandengekommene Sachen durch einmaligen, gutgläubigen Erwerb unter den privilegierenden Voraussetzungen wieder allgemein verkehrsfähig gemacht werden. Dies folgt aus dem besitzrechtlichen Lösungsansatz und dem strikten Festhalten an den Besitzerfordernissen in der Person des Erwerbers, der sich auf die Bestimmungen des Gutglaubensschutzes beruft sowie der Vernachlässigung der Besitztatbestände, die im einzelnen vorgelegen haben, bevor der letzte Erwerber seine Rechte aus den Vorschriften der Art. 2279 und 2280 C.c. geltend macht ¹⁰⁾.

9) siehe oben Seite 164

10) siehe oben Seite 165

IV. Aus dem Begriff des Besitzes resultierende Unterschiede

Das französische Recht kennt, wie wir bereits gesehen haben, nur einen "zweigleisigen Begriff". Entweder man ist Eigenbesitzer, "possesseur"; mit allen sich daraus ergebenden Rechten, deren wichtigstes die Möglichkeit des Sich-Berufens auf den Eigenbesitz in Art. 2279 C.c. darstellt, oder man ist bloßer Inhaber, "détenteur", der Sache für einen anderen und genießt keinerlei rechtlichen Schutz.

Die demgegenüber weitaus komplexere Gestaltung des Besitzes beziehungsweise des Besitzers im deutschen Recht unterscheidet in unmittelbare und mittelbare Eigen- und Fremdbesitzer in sämtlichen Kombinationsmöglichkeiten. Zusätzlich wurde in § 855 BGB der Begriff des Besitzdieners geschaffen, der selbst keinen Besitz hat und sich in einer weisungsunterworfenen Stellung zum Besitzherrn befindet.

Gibt der Besitzdiener eine Sache gegen den Willen des Eigentümers bzw. des Besitzherrs aus der Hand, so ordnet das deutsche Recht dies den Fällen des unfreiwilligen Besitzverlustes zu ¹¹⁾. Ein Gutglaubenserwerb

11) vgl. RGZ 106,6; unabhängig davon ist, wie das Verhalten des Besitzdieners strafrechtlich zu würdigen ist; vgl. Bay ObLG JW, 28, 2995; Hamburg OLG 39, 226; OLG Hamburg MRD 1953, 306 zu neuerer Kritik vgl. JW 1909, 416 Westermann § 49 I 6, JuS 61, 82, Rebe AcP 173, 186. Die vorgenannten Autoren wollen den gutgläubigen Erwerber dann schützen, wenn der Besitzdiener nicht als solcher zu erkennen und der tatsächlichen Einwirkung des Besitzherrs entzogen war. Rechtsscheinsgrundlage könne auch die tatsächliche Gewalt über die Sache sein. Dies wird von Baur, Sachenrecht § 52 V 2s sowie Hoche, JuS 1961, 78 abgelehnt.

ist in diesem Fall nicht möglich. Vielmehr können solche vom Besitzdiener aus der Hand gegebene Sachen nur gem. § 937 BGB ersessen werden.

Das deutsche Recht stellt sich dabei auf den Standpunkt, daß der Eigentümer, der eine Sache einem Besitzdiener überläßt, die tatsächliche Sachherrschaft und seinen unmittelbaren Besitz zu keinem Zeitpunkt aufgegeben habe. Diese Sicht erscheint formal, wenn man den gemeinsamen Ursprung der Gutglaubensvorschriften in beiden Ländern betrachtet. Setzt man sich mit der Entstehungsgeschichte der Differenzierung von "anvertraut" und "abhandengekommen" auseinander, so ist zu erkennen, daß es stets entscheidend darauf ankam, ob die Sache freiwillig aus den Händen gegeben wurde oder nicht. Im deutschen Recht ist dieser Grundsatz durch die formale Aufspaltung der Begriffe "Besitzübergabe" und "aus der Hand geben", wie sie bei der Lehre vom Besitzdiener vorgenommen wurde, aufgegeben bzw. stark verwischt worden. Die formale Betrachtungsweise der deutschen Lehre tritt besonders stark in einer Reichsgerichtsentscheidung hervor, die noch heute in der deutschen Rechtsprechung volle Geltung beansprucht ¹²⁾. Hier wird wörtlich ausgeführt, daß der Eigentümer, der seine Sache dem Besitzdiener gegeben hat, diese "nicht aus der Hand gegeben hat". Die tatsächliche Innehabung wird zur Fiktion.

Anders und in größerem Einklang mit der Entstehungsgeschichte des unfreiwilligen Besitzverlustes löst der französische Gesetzgeber dieses Problem:

Zwar ist auch die "possession" im französischen Recht

12) RGZ 106,6

mehr als die faktische Innehabung, da immer der Wille zur Herrschaft, "animus domini", hinzukommen muß. Der Besitz ist demnach viel stärker an subjektive Merkmale geknüpft als im deutschen Recht. Entscheidend ist jedoch, daß das französische Recht nie leugnen würde, daß ein Besitzer eine Sache aus der Hand gegeben hat, wenn der "possesseur" sie an einen "détenteur" und damit an einen neuen Inhaber übergibt. Dem französischen Recht ist der Gedanke völlig fremd, an den Tatbestand des "aus der Hand Gebens" weitere Erfordernisse irgendeiner Art zu knüpfen. Es kennt zwar ebenso wie das deutsche Recht den Begriff einer völlig untergeordneten Inhaberschaft, die als "détention subordonnée" bezeichnet wird und in etwa der Besitzdienerschaft des BGB entspricht. Es ist für den französischen Gesetzgeber jedoch selbstverständlich, daß auch die Übergabe einer Sache an einen solchen untergeordneten Inhaber ebenfalls als ein "aus der Hand Geben" mit sämtlichen sich daraus ergebenden Konsequenzen angesehen werden muß ¹³⁾.

Die Lösung des BGB, die den Begriff des Besitzdieners in erster Linie deshalb geschaffen hat, um einen bestimmten Kreis streng weisungsunterworfenen Inhaber von den Besitzschutzbestimmungen der §§ 857 - 862 BGB auszuklammern, nimmt zugunsten des Alteigentümers überhaupt keine Notiz davon, wie sich die faktische Innehabung in den Augen gutgläubiger Dritter darstellen könnte. Die Weggabe durch den Besitzdiener wird in eine Reihe gestellt mit dem Verlust bzw. dem Diebstahl einer Sache. Diese Gleichstellung erscheint willkürlich, wenn man bedenkt, daß die Grenzen einer weisungsunterworfenen Stellung als Besitzdiener zu der eines Besitz-

13) vgl. Stillschweig, Der Schutz des redlichen Erwerbers, aaO., S. 65
Zur Wertung von "détention subordonnée" und Gehilfenhaftung vgl. Kaufmann, Die Gehilfenhaftung im französischen Deliktrecht, Diss. 1974; vgl. auch Guenther, Diss. 1937, S. 65 ff.

mittlers äußerst fließend sind und sich eine Vielzahl von Besitzdienerverhältnissen nicht nach außen hin manifestiert.

Der Eigentümer kann sich überdies den Personenkreis derer, die seiner gesonderten Weisung unterliegen, in der Regel besser aussuchen als den Kreis seiner Besitzmittler, mit denen er oft aufgrund von Sachzwängen zusammenkommt. Es ist daher nicht einzusehen, warum die Besitzdienerschaft eine völlig andere Wertung erfahren soll als die Besitzmittlerschaft.

Der Vergleich mit der französischen Lösung zeigt daher, daß vor allem im Hinblick auf den gemeinsamen, gemeinrechtlichen Ursprung beider Regelungen die Gutgläubensregelung der Besitzdienerschaft im deutschen Recht nur schwer zu rechtfertigen ist.

Es scheint vernünftig, allein darauf abzustellen, ob sich die Weisungsunterworfenheit ausreichend nach außen manifestiert. In diesem Fall würde auch im französischen Recht ein Gutgläubenserwerb ausscheiden, da der Erwerber nicht von der Verfügungsbefugnis des "détenteur précaire" ausgehen kann.

V. Unterschiedliche Regelung bei Weggabe einer Sache durch einen Geschäftsunfähigen

Im deutschen Recht wird die Weggabe gegen den Willen des Eigentümers durch einen Geschäftsunfähigen entsprechend der Regel beim Besitzdiener als unfreiwillige Besitzaufgabe angesehen mit der Folge, daß die entsprechende Mobilie uneingeschränkt revindiziert

werden kann, solange § 937 BGB noch nicht eingreift¹⁴⁾. Streitig ist lediglich, inwieweit bei beschränkt Geschäftsfähigen dieser Grundsatz wieder einzuschränken ist¹⁵⁾.

Diese Wertung kann ebenfalls im französischen Recht nicht direkt nachvollzogen werden. Die Überlassung einer Mobilie an einen Geschäftsunfähigen und die Weiterveräußerung dieser Sache an einen Dritten kann weder unter "choses volées" noch unter "choses perdues" eingeordnet werden. Wäre der Schutz des Alteigentümers vom französischen Gesetzgeber beabsichtigt gewesen, hätte durchaus die Möglichkeit dazu bestanden, die Weggabe einer Mobilie durch einen Geschäftsunfähigen den "choses perdues" zuzuschlagen¹⁶⁾. Diesen Weg ist man im französischen Recht jedoch bewußt nicht gegangen, und zwar wohl deshalb, weil dem französischen Recht eine Interessenwertung einseitig zugunsten des Geschäftsunfähigen fremd ist.

Während im deutschen Recht gemäß §§ 105, 106 BGB die Willenserklärungen eines Geschäftsunfähigen nichtig sind und keinerlei nachteilige Rechtsfolgen aus der Abgabe dieser Willenserklärung für den Geschäftsunfähigen zur Entstehung gelangen, bestimmt Art. 489/2 C.c.:

"Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation."

14) KG OLG 15, 356; zum gesamten Problemkreis vgl. Fuhrmann, Diss. Köln. 1932

15) Palandt-Bassenge, § 935 Rn. 4) a)

16) wie oben, S. 155 bereits dargelegt, wird der Begriff der "choses perdues" im französischen Recht bewußt so weit ausgelegt, daß alle Fälle des unfreiwilligen Besitzverlustes, die nicht unter die "choses volées" fallen, hierunter eingeordnet werden können

In dieser Vorschrift wird eine Risiko- bzw. Garantiehaftung des vorübergehend in seiner Geistestätigkeit Gestörten normiert ¹⁷⁾, die dem deutschen Recht völlig fremd ist.

Bei der Veräußerung einer Sache durch eine Person, die in ihrer Geistestätigkeit vorübergehend gestört ist, ist ein gutgläubiger Erwerb demnach möglich, soweit die Voraussetzungen des Art. 2279 C.c. vorliegen. Erkannte der Dritte oder erkannte er zurechenbar nicht, daß der Veräußerer vorübergehend geistesgestört war, so sind die an den "titre putatif" im Rahmen der Gutgläubensprüfung zu stellenden Anforderungen nicht erfüllt. Ein gutgläubiger Erwerb scheidet aus.

Dasselbe muß dann gelten, wenn der dritte Erwerber erkannte oder hätte erkennen müssen, daß er mit einem geschäftsunfähigen Minderjährigen kontrahierte ¹⁸⁾. Auch hier wird der für Art. 2279 C.c. erforderliche gute Glaube nicht vorliegen, wenn der Erwerber wußte oder grob fahrlässig nicht wußte, daß der Veräußerer gemäß Art. 1123 und 1124 C.c. nicht geschäftsfähig war ¹⁹⁾.

17) Diese Bestimmung ist erst durch Gesetz vom 3. Jan. 1968 eingeführt worden und durchbricht den in Art. 489 S. 1 C.c. normierten Grundsatz: "Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit", vgl. Marty-Raynaud, les personnes 3.ed Nr. 624, 630. Ausführlich zu Art. 489-2 C.c. René Savatier, Le risque pour l'homme de perdre l'esprit et ses conséquences en droit civil, D. 1968, Chr. 109 ff.

18) Durch Gesetz vom 5. Juli 1974 ist das Volljährigkeitsalter in Frankreich auf 18 Jahre festgelegt worden, Art. 388 und 488 C.c. Die Volljährigkeit kann sich vorverlagern "par l'effet de l'émancipation". Die Minderjährigen sind dann Volljährigen gleichgestellt, Art. 481 C.c.; dies gilt jedoch nicht für das Betreiben eines Geschäftes, Art. 487 C.c.

- 19) Art. 1123: "Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclaré incapable par la loi"; Art. 1124: "Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi: Les mineurs non émancipés; Les majeurs protégés au sens de l'article 488 du présent code".
Verkauft dagegen ein Geschäftsunfähiger seine eigenen Sachen, so ist Art. 2279 C.c. nicht einmal in seiner "fonction probatoire" anwendbar. Der Kauf ist in diesem Fall nichtig. Die Nichtigkeit kann dem Erwerber mittels einer "action personnelle en nullité" entgegengehalten werden, vgl. Req. 10. April 1922.D. 1923.I.177, Eigenbesitz des Erwerbers kann den Mangel des Titels nicht heilen, vgl. Mazeaud t 2, obligations, biens, Nr. 1525

VI. Unterschiede, die sich aus der Differenzierung von gutem Glauben an das Eigentum und gutem Glauben an die Verfügungsbefugnis des Vormanns ergeben

Wie oben ²⁰⁾ bereits erörtert, fehlt im französischen Recht eine Differenzierung von gutem Glauben an das Eigentum und gutem Glauben an die Verfügungsbefugnis, wie sie das deutsche Recht in §§ 932 BGB, 366 HGB kennzeichnet.

Das französische Recht differenziert wohl nach bestimmten Kaufumständen, entscheidend ist jedoch im Rahmen der Gutgläubensprüfung, ob der Erwerber darauf vertrauen konnte, daß der Veräußerer wirksam Eigentum zu übertragen in der Lage war. Die sich in der Praxis in beiden Rechtsordnungen ergebenden Unterschiede halten sich in Grenzen, da selbstverständlich im Individualbereich, also nicht bei einem Erwerb von einem Kaufmann, nur in Ausnahmefällen ein Erwerber davon ausgehen kann, daß ein Nichteigentümer berechtigt ist, über die betreffende Sache zu verfügen. In einem solchen Fall müssen an den guten Glauben vergleichsweise strenge Maßstäbe angelegt werden.

Auf die rechtspolitische Berechtigung der in §§ 932 BGB, 366 HGB vorgenommenen Wertung soll an dieser Stelle noch nicht eingegangen werden.

VII. Sich aus dem Fehlen bereicherungsrechtlicher Rückgriffsnormen ergebende Unterschiede

Eine dem § 816 BGB entsprechende Regelung fehlt im

20) s.o. Seite 140

französischen Recht. Der Alteigentümer hat im einzelnen folgende Rückgriffsmöglichkeiten gegen den nichtberechtigt Verfügenden:

1. Wenn gem. Art. 2279 C.c. die Regelung "en fait de meubles la possession vaut titre" eingreift, kann er sich an den Nichtberechtigten halten und ihn auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, und zwar einmal deliktrechtlich aus Art. 1382, 1383 C.c., zusätzlich können jedoch vertragliche Schadensersatzansprüche aus einem Miet-, Pacht-, Leihvertrag etc. gegeben sein, aus dem Rechtsverhältnis also, aus dem sich die "dé-tention" des nichtberechtigt Verfügenden herleitet. Die Ergebnisse, die dabei erzielt werden, weichen durchaus nicht so stark von den mit § 816 BGB im deutschen Recht erzielten Ergebnissen ab, wie man dies vermuten möchte.

2. Komplizierter stellt sich die Regelung bei Art. 2280 C.c. dar, wenn durch Diebstahl oder Verlust abhandengekommene Sachen durch einen Händler weiterveräußert werden. Grundsätzlich ist nicht davon auszugehen, daß der Händler, in dessen Geschäft sich der Erwerb gemäß Art. 2280 C.c. vollzieht, selbst Dieb oder Finder der betreffenden Mobilie ist. Lange Zeit war umstritten, ob der Alteigentümer bei einem Händler, der eine gestohlene oder verlorene Sache weiterveräußert, in demselben Maße Rückgriff nehmen kann, wie bei einem nichtberechtigt Verfügenden im Sinne des Art. 2279 C.c. ²¹⁾.

21) Zunächst stellt die cour de cassation klar, daß der Eigentümer gegen den Händler nicht aus Art. 2279 al. 2 C.c. in Verbindung mit Art. 2280 C.c. vorgehen könne. Der in Art. 2279 al. 2 C.c. 2. Halbsatz normierte Rückgriff gegen den Veräußerer aus Garantiehaftung stehe nur dem "possesseur" zu, in dessen Rechtsstellung der Alteigentümer nicht nachrücken könne, vgl. Civ. 11. Feb. 1931, D.P. 1931.1.129, Anm. Savatier; Civ. 24. Juni 1874, S. 75.1.168

Ferner wurde argumentiert, Art. 2280 C.c. sei eine Vorschrift, die im wesentlichen die "sécurité de commerce" im Auge habe, deshalb sei es gerecht, dem Alteigentümer letztlich das Rückgriffsrisiko aufzubürden; vgl. Mourmant, aaO., S. 57; dagegen Aubry et Rau II les biens Nr. 183 Anm. 14, die darauf verweisen, daß ein zur Rückgabe verpflichteter Besitzer einer gestohlenen Sache seine Rechtsposition nicht dadurch verbessern könne, daß er die Sache als "marchand des choses pareilles" weiterveräußert. Ein Rückgriff des Alteigentümers gegen den Händler wurde ferner aus Art. 1251 C.c. herzuleiten versucht, der die "subrogation personnelle" normiert. Der Alteigentümer, so wurde argumentiert, zahle in Wirklichkeit die "Schuld" des Verkäufers gegenüber dem letzten Erwerber, wenn er bei diesem die Sache vindiziere. Paris 9. Dez. 1839, S. 1840.2.113, Mourmant, aaO. S. 58; Ein weiterer Lösungsansatz über den Gedanken der Geschäftsführung ohne Auftrag "gestion d'affaires" gem. Art. 1372 C.c. konnte sich ebenfalls nicht durchsetzen, vgl. Civ. 11. Feb. 1931, S. 1931.1.273 Anm. Gegout § 3. Schliesslich wurde versucht, einen Rückgriff aus ungerechtfertigter Bereicherung "enrichissement sans cause", gegen den "marchand vendant des choses pareilles" herzu- leiten, so Aix 17. Mai 1859 S. 1859.2.621. Heute steht die Rechtsprechung auf dem Standpunkt, daß die Grundsätze des "enrichissement sans cause" nicht zur Anwendung gelangen können, da die Verträge, durch die der Händler die Sache eingekauft bzw. wieder verkauft hat, einen Rechtsgrund, eine "cause" darstellten, vgl. Paris. 7. Feb. 1950 und 3. Jan. 1951, D. 1951.456 mit Anm. Lalou; Civ. 1er 22. Feb. 1956, D. 1956.286

Heute sind sich Rechtsprechung und Lehre darin einig, daß gegen den "marchand vendant des choses pareilles" nur deliktrechtlich gemäß §§ 1382, 1383 C.c. vorgegangen werden kann ²²⁾.

Ein Rückgriff gegen den Dieb oder Finder scheidet zunächst in den meisten Fällen aus, weil diese nicht auffindbar sind, der Dieb wird zudem oft nicht solvent sein ²³⁾. Dem Händler, der die Sache veräußert, ist aber eine "faute" im Sinne des Art. 1382 C.c., also schuldhaftes Handeln wesentlich schwieriger nachzuweisen als einem nichtberechtigten Verfügenden, dem der Eigentümer selbst die Sache freiwillig überlassen hat. Der Eigentümer wird überdies außer in den seltenen Fällen gegebenen Affektionsinteresses die Sache nur dann auslösen, wenn sie zum Zeitpunkt des Herausgabeverlangens einen höheren Wert hat als den Preis, den der letzte Erwerber bezahlt hat und den er zum Auslösen der Sache aufwenden muß ²⁴⁾.

Überdies ist ein Schaden gemäß Art. 1382, 1383 C.c. erst zu dem Zeitpunkt entstanden, an dem der Alteigentümer tatsächlich den Kaufpreis zwecks Auslösung der Sache bezahlt ²⁵⁾. Dies aber bedeutet, daß im Regelfall des fehlenden Affektionsinteresses der Alteigentümer sich

22) Civ. 11. Feb. 1931, D.P. 1931.129; Seine 7. Feb. 1951 D. 1951.465; Civ. 1er civ., 26. Nov. 1956, Sem. Jur. 1957, II, 19919, Anm. Voirin, Weill, les Biens, Nr. 491, Mazeaud t. 2, obligations, biens Nr. 1558; Planiol-Ripert-Picard III Nr. 397, Mourmant, aaO., S. 81 ff.

23) Mazeaud, t.2, obligations, biens Nr. 1558; Weill, les biens, Nr. 491

24) siehe oben Seite 158

25) Es ist bemerkenswert, daß in Rechtsprechung und Lehre nicht näher diskutiert wird, ob dem Alteigentümer gegen den "marchand vendant des choses pareilles" generell und unabhängig von der Auslösung der Sache ein Anspruch aus deliktrechtlicher Haftung gem. Art. 1382, 1383 C.c. zusteht.

nur an den Dieb oder Finder, nicht jedoch an den "marchand vendant des choses pareilles" halten kann.

Im Ergebnis wird also das Rückgriffsrisiko bei gutgläubigem Erwerb von gestohlenen und verlorenen Sachen, die unter den privilegierenden Kaufumständen des Art. 2280 C.c. erworben wurden, einseitig auf den Alteigentümer verlagert ²⁶⁾.

3. Grundsätzliche Unterschiede beider Rechtsordnungen in der Rückgriffsregelung ergeben sich ferner aus dem Umstand, daß im deutschen Recht gemäß §§ 816, 185 II 1. Fall, 184 II. unwirksame Verfügungen nachträglich genehmigt werden können ²⁷⁾. Dies wird der Eigentümer gerade dann häufig tun, wenn es sich um gestohlene beziehungsweise abhandengekommene Sachen handelt oder aber wenn der Erwerber bösgläubig war und aus diesem Grunde ein gutgläubiger Erwerb ausscheidet. Der Alteigentümer kann dann gemäß §§ 935, 816, 185 BGB ein Wahlrecht ausüben, die Sache oder den Verkaufserlös herauszuverlangen.

26) Dies wird auch allgemein als Folge der Rechtsprechung bezüglich des Rückgriffsrechts des Alteigentümers akzeptiert, vgl. Mourmant, aaO., S. 88 "Pour la sécurité du commerce, il eut été aussi simple de refuser la revendication dans l'hypothèse du marché public, de la foire ou du marchand de choses pareilles". Auch die Rückgriffsregelung zeigt, daß man Art. 2280 C.c. allein dazu geschaffen hat, um zu einer Aufhebung der Differenzierung im Umsatzbereich zu gelangen. Mourmant fährt fort: "... l'article 2280 C.c., il aurait pu dire: "Toutefois, quand le possesseur actuel a acheté la chose perdue ou volée dans une foire ... le propriétaire ne peut plus la revendiquer".

27) so die ganz hM vgl. BGH 29, 157; BGH NJW 60, 860. Es werden lediglich die Rechtsformen der Verfügung geändert, der Verfügende bleibt aber nach wie vor Nichtberechtigter. Auch eine Inanspruchnahme gem. § 823 bleibt ungeachtet der nachträglichen Genehmigung möglich, vgl. BGH, Betr. 76, 814, vgl. Palandt-Thomas § 816 Rn. 2

Dabei wird er bestimmt von der Solvenz des Schuldners sowie vom Zustand der Sache zum Zeitpunkt des Herausgabeverlangens ²⁸⁾.

Im deutschen Recht wird daher bei abhandengekommenen Sachen die Position des Eigentümers nicht nur bestimmt von § 935 BGB, der unabhängig davon, ob die Sache im Individual- oder Umsatzbereich letztmalig veräußert wurde, die dingliche Herausgabeklage gewährt.

Die Position des Alteigentümers wird zusätzlich dadurch gestärkt, daß er Rückgriff bei jedem nichtberechtigt Verfügenden nehmen kann, ohne daß er dabei auch nur leichte Fahrlässigkeit nachweisen müßte und ihm diese Rückgriffsmöglichkeit völlig unabhängig von der Rechtsposition zusteht, die er gegenüber dem letzten Erwerber hat. Das Rückgriffsrisiko wird dadurch im deutschen Recht gerade im Umsatzbereich, der im französischen Recht der Regelung des Rückgriffs gegen den "marchand vendant des choses pareilles" unterfällt, einseitig auf den Händler bzw. letzten Veräußerer übertragen.

Während in Frankreich bei gemäß Art. 2280 C.c. im Handelsverkehr erworbenen gestohlenen und verlorenen Sachen im "intérêt du commerce" der Eigentümer in vollem Umfang mit dem Rückgriffsrisiko belastet wird, werden in Deutschland gerade im Zusammenhang mit dem Warenumlauf gestohlener Güter andere rechtspolitische Ziele verfolgt. Das Wahlrecht des Alteigentümers führt bei gestohlenen und verlorenen Sachen nämlich dazu, daß diejenigen, die diese Sache in den Umsatzbereich verbringen, die "letzten" Verkäufer und Händler, mit

28) Sogar nach Verarbeitung der Sache kann das Wahlrecht ausgeübt werden, gegen den nichtberechtigten Verfügenden gem. § 816 oder aber den Verarbeiter gem. § 951 BGB vorzugehen, vgl. BGH 56, 131

dem vollen Rückgriffsrisiko belastet werden können. Eine Einschränkung erfährt diese Wertung auch dann nicht, wenn der letzte Veräußerer gutgläubig war ²⁹⁾ und von seiner Nichtberechtigung nichts wußte. Hinter dieser Wertung zu Lasten des Veräußerers steht der - auch von Verkehrsschutzerwägungen - geprägte Gedanke, daß ein Händler beziehungsweise Veräußerer grundsätzlich immer in vollem Maße in Anspruch genommen werden kann und soll, wenn er über eine ihm nicht gehörende Sache verfügt, und zwar unabhängig von seiner Stellung zum Alteigentümer. Dieser Gedanke läßt sich auch derart zusammenfassen, daß generell derjenige, der mit unterschlagenen, verlorenen und gestohlenen Sachen handelt und daraus Gewinn erzielt, vom Alteigentümer in Regreß genommen werden soll.

Auf ein Verschulden kommt es dabei deshalb nicht an, weil § 816 BGB von dem Gedanken der schuldrechtlichen Surrogation ausgeht. § 816 BGB gestattet dem ehemals Berechtigten und verpflichtet ihn gleichzeitig dazu, in die Rechtsposition des nichtberechtigten Verfügenden einzutreten ^{29 a)}. Dieser Rechtsgedanke der schuldrechtlichen Surrogation führt im deutschen Recht zu einer "Gefährdungshaftung" des nichtberechtigten Verfügenden, der ohne Fahrlässigkeitsnachweis immer in Anspruch genommen werden kann, und zwar unabhängig vom Gutglaubenserwerb des dritten Erwerbers. Durch diese Regelung können im deutschen Recht die nachteiligen Folgen des Sach-

29) Bei gestohlenen Sachen kommt es gem. § 935 BGB auf Gutgläubigkeit nicht an. Rechtsprechung und Lehre haben zu der Frage, ob ein Wahlrecht des Eigentümers zu Lasten des Verfügenden auch dann uneingeschränkt gerechtfertigt ist, wenn dieser - freiwilligen Besitzverlust unterstellt - gutgläubiger Erwerber und damit Eigentümer geworden wäre, noch nicht Stellung bezogen. M.E. kann das Wahlrecht aus diesem Wertungszusammenhang heraus eine Einschränkung erfahren.

29 a) vgl. v. Caemmerer, Festschrift für Boehmer, S. 146, Anm. 6; Westermann, Harm-Peter, die Causa im deutschen und französischen Zivilrecht, S. 223

und Rechtsverlustes durch Gutgläubenserwerb für den Alteigentümer in vielen Fällen wieder ausgeglichen werden, während das französische Recht die Verkehrsschutzproblematik einseitig zu Lasten des Alteigentümers löst und einen Rückgriff, insbesondere im Umsatzbereich, nur in sehr engen Grenzen zuläßt.

VIII. Fehlen einer dem § 816 I Satz 2 BGB entsprechenden Regelung

Ein wesentlicher Unterschied in der Wertung ergibt sich zusätzlich daraus, daß das französische Recht eine Einschränkung des Gutgläubensschutzes bei unentgeltlichem Erwerb nicht kennt. Das französische Recht hält den unentgeltlich Erwerbenden für grundsätzlich ebenso schutzwürdig wie den entgeltlich Erwerbenden ³⁰⁾.

30) Jedoch kann im französischen Recht die in der deutschen Dogmatik umstrittene Gleichstellung von "unentgeltlich" mit "rechtsgrundlos" im Rahmen des § 816 I S. 2 BGB nachvollzogen werden, vgl. hierzu Palandt-Thomas § 816 Rn. 3) b); Staud.-Seufert § 816 Rn. 86)

In Frankreich ist im Verhältnis Alteigentümer - gutgläubiger Erwerber ein mangelnder Rechtsgrund des Erwerbsvorganges gänzlich unbeachtlich, solange nur ein "titre putatif" vorliegt. Ein direkter Rückgriff bei mangelndem oder später entfallendem Rechtsgrund, wie ihn die Einheitskonditionenlehre (vgl. Grunsky 72, 62, 207 mit weit. Nachw.) vorsieht, muß danach nach französischem Recht systembedingt stets scheitern. Im Verhältnis zum Alteigentum wird der Erwerber auch bei später entfallendem Rechtsgrund stets allein durch seine "possession" gegen den direkten Rückgriff des Alteigentümers geschützt, vgl. hierzu insbes. Westermann, Harm-Peter, Die Causa, aaO., S. 227; v. Caemmerer, Festschrift für Boehmer, S. 162, 163.

Das argentinische Recht verneint den gutgläubigen, unentgeltlichen Erwerb, vgl. Art. 2767 C.c., ebenso das peruanische Recht Art. 889 C.c. Eine interessante Lösung beinhaltet der holländische Neuentwurf Art. 3.4.2.3 a, der dem Erwerber ein Lösungsrecht in halber Höhe zugesteht, vgl. auch Langemeyer, L'avenir de l'article 2014 C.c., NJB 1958, S. 21 ff.

Ein funktionales Korrektiv bietet allein die "bonne foi", da unter Umständen strengere Maßstäbe anzulegen sind, wenn eine Sache verschenkt wird.

IX. Der Rückerwerb vom Nichtberechtigten

Auch das Institut des Rückerwerbs vom Nichtberechtigten ist dem französischen Recht fremd. Diese im deutschen Recht ausführlich diskutierte Problematik ³¹⁾ ist in der französischen Rechtssprechung und Lehre nicht speziell erörtert worden. Es ist jedoch zu prüfen, zu welchen Ergebnissen das französische Recht, bedingt durch den besitzrechtlichen Lösungsansatz, in vergleichbaren Fällen gelangt.

Wie aus dem "Garagisten"-Ausgangsfall sowie aus dem oben aufgezeigten Fall bezüglich der Besitzaufgabe vor Geltendmachung des Lösungsrechts ³²⁾ zu sehen ist, knüpft das französische Recht ganz entscheidende Konsequenzen an die Besitzaufgabe nach gutgläubigem Erwerb. Die französische Rechtssprechung geht bis auf den heutigen Tag nicht soweit, eindeutig festzuschreiben, daß der gutgläubige Eigentumserwerb neues, unbelastetes Eigentum auf Seiten des gutgläubigen Erwerbers schafft und dieses Eigentum bei neuerlicher Besitzaufgabe zunächst auch unangetastet bleibt ³³⁾.

Es ist daher davon auszugehen, daß nach französischem Recht das Eigentum wieder auf den Alteigentümer zurückfallen würde, wenn der gutgläubige Erwerber, aus welchem Rechtsgrunde auch immer, die Sache auf den Nichtberechtigten zurücküberträgt. Das französische

31) vgl. v. Caemmerer, Festschrift für Boehmer, S. 145ff
Wiegand, JuS 71, 62

32) siehe oben Seite 162

33) vgl. auch Stillschweig, aaO. S. 114
v. Caemmerer, Rechtsvergleichung und Reform der
Fahrnisübereignung, RabelsZ 12, S. 675, 707

Recht würde in diesem Fall nicht prüfen, ob der Nichtberechtigte vom Eigentümer erworben hat, sondern die Merkmale "possession" sowie "bonne foi" im Verhältnis Eigentümer - Nichtberechtigter untersuchen, mit dem Ergebnis, daß der Alteigentümer sein Eigentum nicht verloren hat. Der besitzrechtliche Lösungsansatz führt demnach funktional zu demselben Ergebnis wie die deutsche Lehre des Rückerwerbs vom Nichtberechtigten. Der besitzrechtliche Lösungsansatz hätte sogar zur Konsequenz, daß das Alteigentum auf den Alteigentümer zurückfällt, ohne daß es auf die näheren Umstände der Rückübertragung ankäme ³⁴⁾.

Im französischen Recht ist dieser Problemkreis wohl, abgesehen von der zwanglosen Möglichkeit aus dem besitzrechtlichen Lösungsansatz, deshalb nicht näher diskutiert worden, weil die praktischen Auswirkungen nur von untergeordneter Bedeutung sind, da der nichtberechtigt Verfügende auf jeden Fall schadensersatzpflichtig ist und die Sache zurückgeben muß, im deutschen Recht gemäß §§ 249, 823 BGB aber auch § 816 BGB, im französischen Recht nach Art. 1382, 1383 C.c. ³⁵⁾.

34) Die deutsche Lehre differenziert zwischen Rückübertragung aufgrund von Wandlung, Rücktritt oder ungerechtfertigter Bereicherung, sog. "Innenverkehrsgeschäften" und völlig selbständigen neuen Rechtsgeschäften. Nur bei neuen Rechtsgeschäften soll der Nichtberechtigte Eigentümer werden können, vgl. Palandt-Bassenge, Vorbem. v. § 932, Rn. c) mit weiteren Nachweisen. Das anglo-amerikanische Recht vollzieht die gleiche Wertung. Es gilt der Grundsatz: "The right of the original owner revives if the original seller who sold without title again acquires the goods." vgl. Hargreave v. Spink (1892) 1. Q.B. 25; Blackstone, Commentaries II, 450; Jenks, in Stephens Commentaries III, 113; Chitty, Contracts, S. 642 ff

35) vgl. Palandt-Bassenge, aaO. Es ergeben sich, auch unter Berücksichtigung von §§ 711 ZPO, 43 KO, kaum praktische Konsequenzen aus der Lehre des "Rückerwerbs vom Nichtberechtigten".

X. Fehlen einer dem § 935 II BGB entsprechenden
Regelung

Das französische Recht kennt keine generelle Aufhebung der Differenzierung zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust bei Geld, Inhaberpapieren und Sachen, die im Wege der öffentlichen Versteigerung veräußert werden, wie sie für das deutsche Recht kennzeichnend sind. Die Aufhebung der Differenzierung zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust wird in Frankreich allein durch Art. 2280 C.c. bestimmt.

Es ist daher zu untersuchen, in wie weit sich funktional im französischen Recht gleiche Lösungen ergeben wie in § 935 II BGB.

1. Die französische Gutglaubensschutzregelung bei
Geld

Nach dem Wortlaut des Art. 2279 al. 2 C.c. kann der Eigentümer gestohlenen Geld von einem gutgläubigen Erwerber grundsätzlich herausverlangen. In der Praxis wird ihm die Vindikation jedoch in den meisten Fällen verwehrt sein:

Wie oben ³⁶⁾ bereits ausgeführt, kann Art. 2279 C.c.

36) siehe oben Seite 103

keine Anwendung finden, wenn die betreffende Sache individuell nicht bestimmt werden kann ³⁷⁾. Insbesondere kann Art. 2279 C.c. dann keine Anwendung finden, wenn eine bloße Forderung geltend gemacht wird ³⁸⁾. Daraus folgt, daß vom Eigentümer Geld, das nicht individuell bestimmbar ist, z.B. durch genaue Bezeichnungen der Banknotennummern, nicht gemäß Art. 2279 al. 2 C.c. revindiziert werden kann ³⁹⁾. Da bei dieser Fallgestaltung, die stets Gutgläubigkeit auf Seiten des Erwerbers voraussetzt, auch keine schuldrechtlichen Ansprüche gegen den "Erwerber" des Geldes durchgreifen, wird ein ähnliches Ergebnis erzielt, wie im deutschen Recht über § 935 II BGB.

Die Wertung ist dabei nahezu identisch, denn die Regelung des § 935 II BGB wird, soweit es sich auf Geld bezieht, in der Hauptsache damit begründet, daß bei Geld individuelle Merkmale weitgehend fehlen ⁴⁰⁾ und Zahlungsmittel möglichst reibungslos umlaufen sollen.

Problematisch wird die rechtliche Einordnung eines gutgläubigen Erwerbs im französischen Recht jedoch dann, wenn ausnahmsweise Banknoten individuell bestimmt werden können und Art. 2279 al. 2 C.c. seinem Wortlaut entsprechend Anwendung finden kann. Eine Vindikation in diesem Fall erschien jedoch unerwünscht.

37) Civ. 17. Juli 1929, D.H. 1929, 540;
Req. 25. Nov. 1929, D.H. 1930, 3

38) Civ. 2. Dez. 1856, D.P. 56.1.443;
Grenoble, 15. Apr. 1845, D.P. 42.2.208

39) Besançon, 25. Apr. 1955, Gaz. Pal. 1955.2.95

40) Motive III, S. 349

Man verwies darauf, daß derjenige, der gutgläubig eine Banknote entgegennehme, in eine Rechtsstellung gebracht werden müsse, die ihm durch nichts mehr genommen werden könne ⁴¹⁾. Jemand, der mit Geld bezahlt werde, sei gehalten, dieses anzunehmen und könne es nicht ohne weiteres zurückweisen. Daß er nun etwas herausgehen müsse, das er zuvor als Zahlungsmittel habe akzeptieren müssen, sei ein Widerspruch in sich ⁴²⁾. Eine interesssegerechte Lösung ist daher über Art. 2280 C.c. gesucht worden. Zu diesem Zwecke mußte der Begriff des "marchand vendant des choses pareilles" zunächst derart ausgelegt werden, daß jeder, der Geld übergebe, gleichsam in bezug auf das übergebene Geld als "marchand" im Sinne des Art. 2280 C.c. angesehen werden müßte ⁴³⁾. Diese extensive Auslegung des Art. 2280 C.c. führt dazu, daß die französische Lösung funktional in vollem Umfang der Regelung des § 935 II BGB entspricht:

- Können die Banknoten nicht individuell bestimmt werden, bedarf es einer Gutglaubensregelung nicht, da eine rei vindicatio ohnehin nicht möglich ist;
- können die Banknoten hingegen bestimmt werden, kann der Erwerber das Geld behalten, da er gemäß Art. 2280 C.c. geschützt ist ⁴⁴⁾.

41) vgl. Baki, aaO., S. 306

42) vgl. Godart, De la revendication des billets de banque perdus ou volés, Revue critique de la législation et de jurisprudence 1980, t. 36; Baki, aaO., S. 306

43) Hamel, Cours de doctorat, aaO., S. 256

44) vgl. auch Baki, aaO., S. 308. Bemerkenswert ist, daß im belgischen Recht zum völlig gleichlautenden Art. 2279 C.c. durch Gesetz vom 12. Juni 1953 folgender Zusatz normiert wurde: "Le droit de revendication n'est cependant pas applicable aux billets de la Banque Nationale de Belgique et aux billets émis en vertu de la loi du 12 juin 1930 lorsque leur possesseur est de bonne foi".

Im französischen Recht ist eine gesetzliche Regelung bisher nicht erfolgt, obwohl die Problematik schon lange vor Schöpfung des C.c. erkannt worden ist und in andere Kodifikationen Eingang gefunden hat; vgl. A.L.R.15 § 5, Sächs. G.B. § 296; vgl. auch Motive III S. 349

Hier zeigt sich einmal mehr, daß der rechtspolitische Kern der Vorschrift des Art. 2280 C.c. im wesentlichen darin liegt, den gutgläubigen Erwerb an verlorenen und gestohlenen Sachen zu ermöglichen, wobei das Lösungsrecht nahezu ausschließlich begrifflich ohne praktische Auswirkungen besteht.

2. Die französische Gutglaubensschutzregelung bei Inhaberpapieren

Der Gutglaubensschutz für Inhaberpapiere, "titres au porteur", hat im französischen Recht durch das Dekret vom 11. Januar 1956 eine umfassende Regelung erfahren ⁴⁵⁾. Zunächst überrascht bei Durchsicht der Bestimmungen, daß die Spezialregelung für Inhaberpapiere den Gutglaubensschutz nicht erweitert, sondern einschränkt. Ursprünglich ist die Regelung, auf der die heutigen Bestimmungen immer noch grundlegend fußen, unmittelbar nach den Kriegswirren des deutsch französischen Krieges von 1870 / 71 sowie des Aufstandes der Pariser "Commune" im Jahre 1871 geschaffen worden. Im Laufe der Kriegsereignisse waren viel Inhaberpapiere gestohlen, geplündert und unterschlagen worden. Der Gesetzgeber sah sich zum damaligen Zeitpunkt veranlasst, die Eigentümer stärker zu schützen, als dies über Art. 2279 al. 2 C.c. möglich war. Es sollte vor allen Dingen der Personenkreis derer geschützt werden, die Inhaberpapiere in Formen von Obligationen, Inhaberaktien etc. als Vermögensanlage erworben hatten. Diese Grundwertung wurde bis auf den heutigen Tag beibehalten. Als rechtspolitisches Motiv für die Einschränkung des gutgläubigen Erwerbs von Inhaberpapieren wird zusätzlich angeführt, daß bezüglich der Verluste und Diebstähle von Inhaberpapieren jeder-

45) Dieses Dekret fußt auf dem Gesetz vom 15. Juni 1872, geändert durch Gesetz vom 8. Februar 1902

zeit Publizität gegeben sei, da die Verluste und Diebstahlsfälle regelmäßig veröffentlicht würden. Ein Erwerber könne daher unschwer die erforderlichen Nachforschungen anstellen ⁴⁶⁾.

Unter das Dekret vom 11. Januar 1956 fallen Rentenpapiere und Obligationen, nicht jedoch Warenwechsel und Inhaberschecks ⁴⁷⁾. Diese Differenzierung beruht darauf, daß bei Warenwechseln und Inhaberschecks nicht der Gesichtspunkt der Vermögensanlage im Vordergrund steht. Hinzu kommt, daß sich eine "publicité" für gestohlene Schecks und Wechsel nur schwer vorstellen läßt.

Art. 1 der Regelung bestimmt, daß jede Art des Besitzverlustes unter die Spezialregelung fällt:

- "quiquonque est dépossédé, par quelque événement que ce soit ..."

Betrug und Unterschlagung werden Verlust und Diebstahl zu Lasten des gutgläubigen Besitzers völlig gleichgestellt, die vertraute Unterscheidung von anvertraut und abhandengekommen entfällt. Allein dann, wenn Papiere sich im Einverständnis des Eigentümers, etwa zur Sicherung eines Darlehns, bei einer Bank befinden, greift die Regelung nicht ein ⁴⁸⁾.

46) Mazeaud, t.2, obligations, biens, Nr. 1559

47) Marty-Raynaud t.2, vol.2 Nr. 399

48) Civ. 5. März 1934, D. 1934.1.143, Gaz. Pal. 1934.1.745. In dieser Entscheidung wird darauf abgestellt, daß der Besitzverlust "illegitim" und "involontaire" sein muß: "involontaire" bedeutet in diesem Zusammenhang jedoch unfreiwillig unter Einschluß von Betrug, Untreue und Unterschlagung. Es wird also dieselbe Differenzierung, wie die des "furtum" im römischen Recht vorgenommen; vgl. oben Seite 41

Das Dekret sieht ferner einen doppelten Einspruch, "double opposition", des Eigentümers vor ⁴⁹⁾. Die betreffenden Papiere werden nach Einspruch im "Bulletin officiel des oppositions" veröffentlicht, und zwar für einen unbegrenzten Zeitpunkt bis zur Stellung des Aufhebungsantrages. Dann darf die Emmissionsgesellschaft keine Zins- und Dividendenzahlungen mehr auf das Papier leisten, auch die Auszahlung nach Fälligkeit ist untersagt ⁵⁰⁾.

Nach Ablauf von 2 Jahren nach Einspruch kann der Eigentümer gegen Sicherheitsleistung Auskehrung der Zinsen und Dividenden sowie die Rückzahlung zum Kurswert an sich verlangen. Nach dem Ablauf von weiteren 3 Jahren kann er Duplikate anfordern und befindet sich dann - vorausgesetzt, daß gegen seine "opposition" seitens der Besitzer der Papiere kein Einspruch erhoben wird - in seiner früheren Rechtsstellung ⁵¹⁾.

Zu beachten ist, daß als Konsequenz der Publizitätswirkungen des "Bulletin officiel des oppositions" der Einspruch nur gegen solche Erwerber Wirkung zeitigt, die nach Veröffentlichung des Einspruchs in den Besitz der Papiere gelangt sind ⁵²⁾. Diese Erwerber können dann Rückgriff bei ihrem Effektenhändler nehmen, wenn dieser die Transaktion nach Veröffentlichung des Einspruchs vorgenommen hat ⁵³⁾.

49) Der Einspruch ist an die juristische Person zu richten, die die Emmission des Papiers vorgenommen hat, er ist ferner zu richten an die "chambre syndicale des agents de change", d.h. die Kammer der Börsenmakler.

50) Art. 18 des Dekrets

51) Art. 24 des Dekrets

52) Art. 9 des Dekrets

53) Mazeaud t. 2, obligations, biens, Nr. 1562

Die funktionalen Unterschiede beider Rechtsordnungen sind auch in bezug auf Inhaberpapiere nicht so eklatant, wie man beim Studium des Dekrets vom 11. Januar 1956 annehmen möchte ^{53 a)}.

Zum einen unterfallen dem Dekret nur Inhaberpapiere, die gleichzeitig einen Charakter als Vermögensanlage haben, also Rentenpapiere, Obligationen und Inhaberk Aktien, nicht jedoch Schecks und Wechsel, bei denen - ähnlich wie bei Geld - der Eigentümer auch nach französischem Recht in der Geltendmachung seiner Rechte stark eingeschränkt ist.

Zum anderen erfährt die Ausweitung des Gutgläubensschutzes gemäß § 935 II BGB eine weitgehende Einschränkung durch § 367 HGB. Soweit Inhaberpapiere nämlich an einen Kaufmann, der Berater- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, veräußert oder verpfändet werden, ist deren guter Glaube ausgeschlossen, wenn der Verlust im Bundesanzeiger, der insoweit in seiner Funktion dem "Bulletin officiel des oppositions" entspricht, bekannt gemacht worden ist ⁵⁴⁾.

53 a) In diesem Zusammenhang ist auch auf das Wertpapierbereinigungsgesetz vom 19.8.1949, WiGBI 295, zuletzt geändert am 14.2.1976 BGBl I 3341 hinzuweisen. Dieses Gesetz will, ähnlich wie das Dekret, den Gutgläubenserwerb an im Laufe der Kriegseignisse des 2. Weltkriegs abhandengekommenen Wertpapieren einschränken, allerdings durch Anknüpfung an die sog. Lieferbarkeitsbescheinigung (Affidavit), siehe auch Baumbach/Duden HGB § 367 Rn. 2

54) Die Aufgaben, die in Frankreich von der "chambre syndical des agents de change" wahrgenommen werden, fallen in Deutschland dem Bankenverband, aber auch Gerichtspolizei und Staatsanwaltschaft zu; vgl. zur Aufgabenverteilung im einzelnen Schlegelberger-Hefermehl, § 367 HGB, Anm. 6; RGR HGB v. Godin, § 367, Anm. 4; vgl. auch das Aufgebotsverfahren in §§ 1015, 1018 ZPO, hierzu Hübner, aaO., S. 151

Die in § 367 II HGB ausgesprochene Rechtsvermutung für den schlechten Glauben geht sogar so weit, daß der Beweis, die Veröffentlichung im Bundesanzeiger sei nicht zur Kenntnis genommen worden, ohne daß dies auf grober Fahrlässigkeit beruht habe, nahezu unmöglich zu erbringen ist.

In den Fällen, die nicht unter § 367 HGB fallen, werden ebenfalls beim Erwerb von Wertpapieren strenge Anforderungen an die Gutgläubigkeit gestellt. Insbesondere gilt dies für Kaufleute. Diese können sich nicht ohne weiteres auf die bloße Auskunft einer Bank verlassen ⁵⁵⁾. Doch auch Privatleute müssen unter Umständen, um gutgläubig gestohlene Wertpapiere erwerben zu können, selbst anhand der Bekanntmachungen die Berechtigung des Veräußerers prüfen, um gutgläubig im Sinne der §§ 932, 935 II BGB zu sein ⁵⁶⁾.

Unterschiede in der Wertung ergeben sich vor allem aus § 367 HGB, der nur in den Fällen des Abhandenkommens eingreift, während die französische Regelung den Eigentümer gleichermaßen vor Betrug, Untreue, Unterschlagung und Diebstahl schützt.

55) So RGR HGB v. Godin, § 367 Anm. 3

56) vgl. RG Recht 1924, Nr. 1122;

vgl. auch Levy, Julius, Diss. aaO., S. 41

3. Unterschiedliche Regelung bezüglich der öffentlichen Versteigerung

Nach französischem Recht werden von der "vente publique" im Sinne des Art. 2280 C.c. zunächst einmal erfaßt alle Pfandversteigerungen im Sinne des § 2078 C.c. ⁵⁷⁾.

Im übrigen gibt es im französischen Recht eine Vielzahl von Gesetzesbestimmungen, die abhandengekommene Sachen, "épaves" ⁵⁸⁾, im Sinne des Art. 717 C.c. betreffen. Dabei handelt es sich ausnahmslos um Sachen, die von ihren Eigentümern liegengelassen beziehungsweise vergessen wurden, "choses abandonnées".

Art. 717 S. 2 C.c. bestimmt, daß für "choses perdues dont les maîtres ne se redressent pas" Spezialregelungen gelten sollen. Diese sind in großem Umfang geschaffen worden ⁵⁹⁾.

57) Die Versteigerung ist dabei von dem zuständigen "officier public" durchzuführen. Art. 2078 S. 2 C.c. bestimmt ausdrücklich, daß jede Vertragsklausel, die dem Pfandgläubiger gestattet, ohne Einhaltung der Formvorschriften bezüglich der öffentlichen Versteigerung zu verfügen, nichtig ist; vgl. auch Dünkel, aaO., S. 81.

58) Die noch heute im französischen Recht gebräuchliche Bezeichnung "épave" für eine abhandengekommene Sache leitet sich vom lat. "expavescere" ab, was soviel bedeutet wie erneutes Wildwerden gezähmter Tiere; vgl. Ferid II 3 B. 87, Fn. 98. Der Begriff "épave" wird jedoch auch für die Bezeichnung herrenloser Sachen verwandt; vgl. Dalloz Nouveau Repertoire, Propriété § 4 Epaves.

59) So im einzelnen: Gesetz vom 31. März 1896 "Relative à la vente des objets abandonnés ou laissés en gage par les voyageurs aux aubergistes ou hôteliers"; Gesetz vom 31. Dez. 1903 "Relatives à la vente de certains objets abandonnés" abgedruckt unter Dalloz C.c. Art. 2078. Auf eine große Anzahl weiterer Gesetze wird in Dalloz C.c. unter Art. 717 C.c. verwiesen

Allen diesen Bestimmungen ist gemein, daß gemäß Art. 2078 C.c. eine öffentliche Versteigerung, eine "vente aux enchères publiques" zu erfolgen hat, also eine "vente publique" im Sinne des Art. 2280 C.c.

Umstritten war zunächst, welche Regelung zu erfolgen hat, wenn eine "épave", eine herrenlose Sache, von einer staatlichen Stelle veräußert wird, ohne daß eine spezielle Regelung eingreift. Es wurde in diesem Zusammenhang wiederholt die Auffassung vertreten, Art. 2280 C.c. könne nicht eingreifen, da die Privilegierungstatbestände des Art. 2280 C.c. immer nur für die Rechtsbeziehungen "entre particuliers" geschaffen worden seien und nicht zur Anwendung gelangen könnten, wenn der Staat eine Sache veräußere:

"Art. 2279 et 2280 C.c. ont été concus par le législateur pour les ventes intervenues entre particuliers et qu'il est impossible, en présence de leur silence par ailleurs, de les étendre aux ventes consenties par l'Etat."

Diese Rechtsauffassung, die in der zitierten Form von die Cour d'Appel de Lyon vertreten wurde, ist jedoch verworfen worden ⁶⁰⁾. Heute ist anerkannt, daß sämtliche Verkäufe von "épaves" durch den Staat ebenfalls unter die Regelung des Art. 2280 C.c. fallen.

Die Fälle, die im französischen Recht unter den Anwendungsbereich der "vente publique" im Sinne des Art. 2280 C.c. einzuordnen sind, haben funktional in §§ 1235, 383 III BGB bezüglich der Pfandversteigerung und in den §§ 979 - 982 BGB bezüglich der Versteigerung von Fundsachen eine gesetzliche Regelung erfahren.

60) Civ. 1er sect. civ. 23. Okt. 1957, D. 1957.745; so auch schon, allerdings unter strengen Anforderungen bez. des guten Glaubens an das Eigentum, Morlaix 4. Dez. 1946, D. 1947.158 vgl. hierzu ferner Montpellier 19. Jan. 1949 J.C.P. 1949.I.1181, Anm. Dijon, Sedan 28. Juni 1944 D.1945.71; vgl. ferner Lalou, Anm. in D.C. 1944.30, Vandamme in D.C. 1944.13

Einen Selbsthilfeverkauf entsprechend § 383 BGB kennt das französische Recht nicht ⁶¹⁾.

Die Wertung bezüglich der Pfandversteigerung ist in beiden Rechtsordnungen ähnlich. In beiden Rechtsordnungen ist bei Gutgläubigkeit auch der Erwerber von abhandengekommenen Sachen geschützt, soweit die Versteigerung ordnungsgemäß erfolgt. Allerdings kennt das französische Recht nicht eine dem § 1244 BGB entsprechende Regelung, die das Gutglaubenserfordernis bei öffentlicher Versteigerung im wesentlichen auf die Voraussetzungen der Versteigerungsvoraussetzungen beschränkt.

Die Einschränkung des Art. 2280 C.c., daß der Alteigentümer die Sache auslösen kann, ist von völlig untergeordneter Bedeutung und beseitigt vor allen Dingen nicht die in beiden Rechtsordnung vorgenommene Wertung, daß der Erwerber bei gutem Glauben materiell uneingeschränkt geschützt wird.

Auch die Regeln bezüglich des Funderwerbs, der den gutgläubigen Erwerb an Fundsachen wesentlich mitbestimmt, sind in beiden Rechtsordnungen recht ähnlich. Zwar fehlt im C.c. die Institution des Fundes oder Funderwerbs ⁶²⁾. Es hat jedoch noch bis auf den heutigen Tag ein Polizeigesetz aus dem Jahre 1821 Gültigkeit, wonach der Finder die Fundsachen bei dem zuständigen Bürgermeisteramt, "mairie", beziehungsweise bei der zuständigen Polizeidienststelle, "préfecture de police", abzugeben hat und nach 1 Jahr Eigentümer wird, wenn der Eigentümer sich nicht meldet. Er hat dann lediglich die Verwahrungs-

61) Zachariä-Crome II, § 302, S. 44, Dünkel, aaO., S. 83
jedoch kann der Schuldner gem. Art. 1264 C.c. die geschuldete Sache hinterlegen.

Münchn.-Komm. Quack BGB § 1244 Rn. 2 ff.

62) Ferid II 3 B 87

kosten zu erstatten ⁶³⁾. Es ergibt sich somit eine in etwa § 973 BGB entsprechende Regelung. Dagegen hat der Verkehrsfund gemäß § 978 BGB funktional durch ein Spezialgesetz, das aufgrund von Art. 717 C.c. erlassen wurde, eine Regelung erfahren ⁶⁴⁾.

Es ergeben sich aber folgende Wertungsunterschiede:

a) Es ist nicht klar ersichtlich, in welchem Maße das französische Recht bei der "vente publique" am Merkmal des guten Glaubens festhalten will. Sinnvoll ist dies zweifellos bei der Pfandversteigerung gemäß Art. 2078 C.c. Dagegen ist fraglich, wieso Gutgläubigkeit in bezug auf das Eigentum des Veräußerers vorliegen soll, wenn der Staat beziehungsweise eine staatliche Domänenverwaltung eine "épave" verkauft und dem Erwerber sogar angezeigt wird, daß er eine abhandlungskommene beziehungsweise herrenlose Sache ersteigern kann. Die Rechtsprechung hat sich in der soeben zitierten Entscheidung ⁶⁵⁾ nicht näher mit dem Erfordernis des guten Glaubens befaßt, insbesondere in der Entscheidung des Kassationshofes wird lediglich die Anwendbarkeit der Art. 2279, 2280 C.c. bejaht.

Vollends unverständlich erscheint das Gutglaubenserfordernis an das Eigentum des Vormanns, wenn die einzelnen in den Spezialregelungen bezeichneten Personen

63) Polizeiverordnung Circ. Min. Fin. 10. Aug. 1821 und 5. Mai 1825; Dalloz Nouveau Repertoire, Propriété § 4. Epaves Nr. 185

64) So gibt es Spezialgesetze betr. Fundsachen für diverse Behörden wie Bahn, Post, Zoll etc; vgl. Dalloz Nouveau Repertoire, Propriété § 4. Epaves Nr. 186. Bezeichnend ist, daß das bei der Versteigerung erlöste Geld an die versteigernde Behörde fällt, und zwar nach Ablauf völlig unterschiedlicher Zeiträume von 1 Jahr bis zu 30 Jahren.

65) vgl. Fußnote 60). In der Entscheidung Morlaix 4. Dez. 1946 ebenda war der Verkauf von der staatlichen Stelle ohne Gewähr für Rechtsmängel erfolgt, so daß der Erwerber um das Risiko der rei vindictio wußte.

und Institutionen eine "vente public" veranstalten, in der jeder Erwerber bzw. Ersteigerer weiß, daß er eine verlorene Sache ersteigern kann.

Die Gutgläubigkeit kann sich, will man den Erwerber schützen, in diesem Fall doch nur darauf beziehen, daß sämtliche Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Versteigerung vorgelegen haben ⁶⁶⁾.

66) Diese Konsequenz ist aber bisher nicht gezogen worden. Eine Modifikation des Gutgläubenserfordernisses ist bisher lediglich in der Weise erfolgt, daß der Erwerber einer "épave" glaubte, der Eigentümer würde sich nicht mehr melden, so Evreux D.C. 144, 168
Vandamme und Lalou, vgl. oben Fußnote 60) stellen sogar darauf ab, daß grundsätzlich der Erwerber einer Fundsache auf eigene Gefahr erwerbe;
vgl. auch Dünkel, aaO., S. 84

Das Nichtauffinden der Problematik eines eingeschränkten Gutgläubenserfordernisses bei der öffentlichen Versteigerung mag damit zusammenhängen, daß dem französischen Recht der Gedanke einer gesetzlichen Ermächtigung zum Verkauf bzw. zur Versteigerung, wie ihn das deutsche Recht kennt, fremd ist ⁶⁷⁾. Im deutschen Recht führt die Lehre von der gesetzlichen Ermächtigung dazu, daß bei der Fundversteigerung, und zwar sowohl bei der Fundversteigerung gemäß §§ 966 II, 979 BGB als auch bei der Verkehrsfundversteigerung gemäß §§ 978, 979 BGB ein guter Glaube auf Seiten des Erwerbers nicht zu fordern ist, solange sämtliche Ausführungsvorschriften für die Durchführung der öffentlichen Versteigerung beachtet sind.

Lediglich dann, wenn dies nicht der Fall ist, kommt es erneut auf das Gutgläubenserfordernis des Erwerbenden an. Es genügt dann aber bereits der gute Glaube an das Vorliegen der Versteigerungsvoraussetzungen ⁶⁸⁾.

Das französische Recht macht aber, wie bereits ausgeführt wurde, keinen Unterschied zwischen rechtsgeschäftlicher Verfügungsbefugnis und gesetzlicher Verfügungsermächtigung. Dem französischen Recht ist auch die Unterscheidung zwischen Pfandversteigerung und Versteigerung im Wege der Zwangsvollstreckung und die damit einhergehende Unterscheidung zwischen rechtsgeschäftlichem Eigentumserwerb und Eigentumserwerb kraft Staatsakt fremd ⁶⁹⁾.

67) Dünkel, aaO., S. 83. Zur deutschen Lehre über die gesetzl. Verfügungsbefugnis über Fundsachen vgl. Palandt Bassenge § 966 Rn. 2); Münchn. Komm. Quack § 966 Rn. 4) Berkel. AcP 158, 113 geht von einer gesetzlichen Vertretungsbefugnis des Versteigernden aus.

68) Münchn. Komm. Quack BGB § 967 Rn. 4); es gilt § 1244 BGB analog vgl. Palandt-Bassenge § 966 Rn. 2) a.A. Soergel-Mühl § 966 Rn. 2)

69) Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Staatsakt bei öffentlicher Versteigerung im Rahmen der Zwangsvollstreckung vgl. Palandt-Bassenge Einf. v. § 929 Rn. 4) Baumbach-Lauterbach-Hartmann ZPO § 817 Rn. 1) Noack, MDR 69, 180

Bei Eigentumserwerb kraft Staatsakt, wie er im deutschen Recht beim Erwerb von im Rahmen der Zwangsvollstreckung versteigerten Sachen normiert ist, können aber die Gutglaubensvorschriften überhaupt nicht zur Anwendung gelangen, und auch der gute Glaube an das Vorliegen aller Voraussetzungen der Versteigerung ist nicht erforderlich ⁷⁰⁾.

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß die französische Lehre bis heute nicht eindeutig Stellung dazu genommen hat, wie das Erfordernis des guten Glaubens bei der "vente publique" auszugestalten ist. Es ist nicht erkennbar, daß die Gutglaubenserfordernisse modifiziert werden sollen, wenn eine Pfandversteigerung erfolgt, ebensowenig ist erkennbar, welche Anforderungen an die "bonne foi" zu stellen sind, wenn Versteigerungen nach den einzelnen Spezialgesetzen erfolgen. Eine explizite Beschränkung des Gutglaubenserfordernisses in diesen Fällen findet sich weder in der Rechtsprechung noch in der Lehre ⁷¹⁾.

b) Eine weitere Einschränkung im Gegensatz zum deutschen Recht erfährt der Erwerbsschutz bei öffentlicher Versteigerung im französischen Recht dadurch, daß der Nacherwerber der Person, die unter den privilegierenden Umständen des Art. 2280 C.c. erworben hat, sich nicht auf Art. 2280 C.c. berufen kann ⁷²⁾.

70) Baumbach-Lauterbach-Hartmann ZPO § 817 Rn. 3)
Palandt-Bassenge § 932 Rn. 3)
Etwas anderes gilt allein bei § 898 ZPO, da hier eine Willenserklärung ersetzt wird, so daß ein rechtsgeschäftlicher Erwerb vorliegt, vgl. Baumbach-Lauterbach-Hartmann ZPO § 898 Rn. 1).
Vgl. zum Problem des Eigentumserwerbs bei irregulärer Pfändung Lindacher JZ 1970, 360

71) Mit Ausnahme der oben in Fußnote 66) zitierten Entscheidung des Trib. civ. Evreux

72) vgl. Seine 17. Feb. 1911 Gaz. des Trib. 20. Apr. 1911, Cour d'appel de Paris, 13. Nov. 1930, Gaz. des Trib. 6. Dez. 1930, Cour d'appel de Paris, 2. März 1933, Gaz. du Pal. 1933.1.952

Die Beschränkung der Anwendung des Art. 2280 C.c. auf den "posseur actuel" mag u. U. gerechtfertigt sein, solange sie sich auf den Händler, den "marchand vendant des choses pareilles", bezieht. Man will in Frankreich im Gegensatz zum schweizer Recht nur den Schutz dessen, der selbst unter den privilegierenden Umständen bei einem Kaufmann gekauft hat, und vernachlässigt die sich hieraus beim Rückgriff ergebenden Probleme ⁷³⁾.

Es muß jedoch erstaunen, daß dieser Rechtsgedanke völlig uneingeschränkt von der französischen Rechtsprechung auch auf die "vente publique" übertragen wird ⁷⁴⁾. Bei einer "vente publique", die unter Einhaltung sämtlicher Formerfordernisse durchgeführt worden ist, hätte mehr noch als beim Verkauf durch einen "marchand vendant des choses pareilles" nahegelegen, die Sache durch den Akt der Versteigerung vom Makel des Abhandenkommens zu befreien. Zieht man diese Konsequenz bei der Versteigerung von "choses abandonnées" im Sinne der Spezialnormen nicht, so kann der letzte Erwerber, der die Sache gemäß Art. 2279 al. 2 C.c. herausgeben mußte, gemäß Art. 1626 C.c. Rückgriff beim Ersteigerer und der Ersteigerer selbst wiederum Rückgriff bei dem Versteigernden nehmen.

Es ist fraglich, ob die Spezialregelungen zur Versteigerung von "choses abandonnées" mit dieser Konsequenz in die Rechtsprechung zu Art. 2279, 2280 C.c. eingeordnet

73) Der letzte Besitzer, der gem. § 2279 al. 2 C.c. herausgeben muß, hat ein Rückgriffsrecht, Art. 1626 C.c. gegen seinen Vormann; vgl. Mourmant, Diss. aaO., S. 98

74) Mit Ausnahme von Baudry-Lacantinerie-Tissier XXV, Nr. 908, S. 719, die grundsätzlich dem Nacherwerber ebenfalls einen Lösungsanspruch gem. Art. 2280 C.c. zubilligen wollen, wenn der Nacherwerber nach hypothetischer Herausgabe der Sache gem. Art. 2279 al. 2 S.S. mit dem Anspruch gem. Art. 1626 C.c. gegen den Vormann durchdringen würde, vgl. auch oben Seite 165

werden können und sollen. In den oben bezeichneten Spezialgesetzen ist jeweils normiert, daß der Eigentümer sich dem Verkauf entgegenstellen kann

" ... pourra s'opposer à la vente" ⁷⁵⁾ .

Es liegt daher die Vermutung nahe, daß an die Versteigerung einer "chose abandonnée" endgültige Rechtsfolgen zu Lasten des Alteigentümers geknüpft werden sollen, wenn der Alteigentümer sich der Versteigerung nicht entgegenstellt. Dieser Problemkreis ist bisher jedoch ebenso wenig wie die Definition des Gutgläubenserfordernisses in der französischen Rechtsprechung und Lehren eindeutig geklärt und entschieden worden. Es ist daher bis auf weiteres davon auszugehen, daß Art. 2279, 2280 C.c. uneingeschränkt auf sämtliche Arten der "vente publique" Anwendung finden sollen.

c) Die Beschränkung der Anwendung des Art. 2280 C.c. auf den "possessionneur actuel" sowie die Ausgestaltung des Gutgläubenserwerbs bei der öffentlichen Versteigerung mittels eines Lösungsrechts haben ferner zur Konsequenz, daß die Rechtsstellung eines bösgläubigen Nacherwerbers wesentlich schlechter ist als im deutschen Recht. Dieser wird nämlich unabhängig vom guten Glauben des Ersteigerers nicht besser gestellt und muß die Sache herausgeben. Im deutschen Recht wird er dagegen Eigentümer, wenn der Ersteigerer gutgläubig war.

Die in der deutschen Lehre diskutierte Frage, wie der gutgläubige Nacherwerber eines bösgläubigen Ersteigerers zu behandeln ist ⁷⁶⁾, stellt sich wegen der Be-

75) vgl. Gesetz vom 31. März 1896, Relative à la vente des objets abandonnés ou laissés en gage par les voyageurs aux aubergistes ou hôteliers Art. 5, Dalloz, C.c. unter Art. 2078

76) vgl. Wolff-Raiser § 69 I 4 b, S. 252; Staudinger-Berg § 935 Rn. 31 b); Soergel-Siebert-Mühl, § 935, Anm. 6.c., vgl. auch Dünkel, aaO., S. 89, Wolff, Diss., aaO., S. 120

schränkung der Anwendbarkeit des Art. 2280 C.c. auf den "possesseur actuel" ebenfalls nicht.

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß sowohl die Rechtsprechung zum guten Glauben als auch die Behandlung des Personenkreises, der vom Ersteigerer erworben hat, im französischen Recht letztlich dadurch bestimmt ist, daß man den gutgläubigen Erwerb im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung grundsätzlich genauso behandeln will wie einen sonstigen Erwerb im Umsatzbereich. Der Erwerb bei einer öffentlichen Versteigerung wird bewußt nicht für besonders schutzwürdig erachtet.

In Deutschland wurde dagegen bei der Schöpfung des § 935 II BGB stets hervorgehoben, daß im Interesse einer größtmöglichen Förderung der öffentlichen Versteigerung dem Erwerber ein besonderer Schutz gewährt werden müsse ⁷⁷⁾. Die Lehre hat sich dem Gedanken der erhöhten Schutzwürdigkeit des Erwerbers bei öffentlichen Versteigerungen aus unterschiedlichen Motiven angeschlossen ⁷⁸⁾. Tragende rechtspolitische Gründe sind dabei der Autoritätsgedanke ⁷⁹⁾ sowie der Verschweigungsgedanke ⁸⁰⁾.

77) vgl. bezügl. des Pfandverkaufs Motive III., S. 832 vgl. ferner Motive III., S. 349

78) vgl. Wolff-Raiser § 69 I 4 b S. 252; Planck § 935 Anm. 6 c; Lent, S. 140, Horst Müller, ZfRV 1963, S. 7, einschränkend Westermann SR., S. 239 ausführlich hierzu Wolff, Diss. aaO., S. 118 ff.

79) So Motive III., S. 349; Horst Müller, wie Fußn. 78) Das Vertrauen der Beteiligten auf die staatl. Autorität soll verstärkten Schutz genießen.

80) Wolff-Raiser § 159 I 4 b, S. 252 Schultze, Iherings Jb. 49, S. 184 N. 42 Der Rechtsverlust des Eigentums wird damit gerechtfertigt, daß er auf das öffentliche Aufgebot zur Versteigerung zur Sache geschwiegen habe.

Erst in jüngster Zeit mehren sich die Stimmen, die der Privilegierung der öffentlichen Versteigerung im Rahmen der §§ 935 II, 1244 BGB jegliche rechtspolitische Berechtigung absprechen ⁸¹⁾. Darüber hinaus wird vor allem auch darauf abgestellt, daß der Erwerber auf einer öffentlichen Versteigerung letzten Endes genausoviel und genausowenig Möglichkeiten habe, sich über die Herkunft der zu versteigernden Sache zu informieren ⁸²⁾. Diese Wertung wird durch die französische Lösung, die ausschließlich darauf abstellt, daß Erwerber bei der "vente publique" gleichermaßen schutzwürdig sind wie Erwerber beim Warenkauf unter normalen Kaufumständen, bestätigt.

-
- 81) Hübner, Rechtsverlust, aaO., S. 143; kritisch auch schon Westermann, S.R. S. 239, der vor allem feststellt, daß die geschichtliche Wurzel des Verschweigungsgedankens überholt sei.
- 82) Hübner, Rechtsverlust, aaO., S. 147, Fußn. 85 a.A. Heck, Sachenrecht, S. 253

XI. Unterschiede, die sich aus der selbständigen dinglichen Einigung im deutschen Recht ergeben

Die selbständige dingliche Einigung im deutschen Recht ist zunächst folgendermassen zu definieren:

Wenn sich der Verkäufer zur Übereignung verpflichtet, enthält nicht schon diese Verpflichtungserklärung gleichzeitig die Erklärung des Übereignungswillens. Schon gar nicht geht aufgrund dieser Verpflichtungserklärung wie im französischen Recht kraft Gesetz das Eigentum über. Die Erklärung des Übereignungswillens ist stets von der Verpflichtungserklärung zu trennen, auch wenn tatsächlich beide Erklärungen zugleich erfolgen ¹⁾. Hinzu kommt, daß die Verfügung grundsätzlich abstrakt, die Verpflichtung grundsätzlich kausal ausgestaltet ist.

Dies führt dazu, daß im deutschen Recht bei Mängeln im Verpflichtungsgeschäft das Verfügungsgeschäft grundsätzlich weiter Bestand hat, dies gilt vor allen Dingen bei Anfechtungsgründen, die sowohl das Verpflichtungsgeschäft, nicht aber das Verfügungsgeschäft erfassen ²⁾.

Ein gewisser Ausgleich wird lediglich in Fällen der Sittenwidrigkeit geschaffen, die auch das Verfügungsgeschäft erfaßt ³⁾.

Wenn nun der Erwerber die Sache an einen Zweiterwerber veräußert und das Verpflichtungsgeschäft nichtig ist, ohne die Verfügung zu erfassen, bleibt der Zweiterwerber Eigentümer, ohne daß die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten herangezogen werden

1) vgl. Kegel, Verpflichtung und Verfügung, Festschrift für Mann, S. 57, 72 f

2) vgl. aber RGZ 66, 385, 389 f, allerdings mit Anklängen an § 139 BGB

3) RGZ 109, 201, 202; RGZ 145, 152, 154; BGH NJW 1973, 613, 615

müssten. Die Abstraktheit des Verfügungsgeschäftes schützt jeden und damit auch den bösgläubigen Zweiterwerber. Im französischen Recht hingegen müßte bei einer entsprechenden Fallgestaltung aufgrund der kausalen Natur der Übereignung Art. 2279 C.c. im Verhältnis Veräußerer - Zweiterwerber zur Anwendung gelangen, mit der Folge, daß der bösgläubige Zweiterwerber nicht geschützt ist. Im deutschen Recht kann dagegen ein Ausgleich, das heißt ein Belangen des bösgläubigen Zweiterwerbers, nur in den engen Grenzen des § 826 BGB erfolgen ⁴⁾. Der Schutz des Alteigentümers ist demnach im französischen Recht bei dieser Konstellation weit stärker ausgeprägt. Kegel ⁵⁾ hat zutreffend aufgezeigt, daß der bösgläubige Zweiterwerber durch "unnötigen Eigentumserwerb" ungerechtfertigt begünstigt wird, wenn das Delikt-recht - wie im BGB in § 826 - zu kurz greift.

4) v. Caemmerer RabelsZ 12, 689, 712 ff

Heck, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, S. 23

5) Kegel, aaO., S. 82

B. Zur Brauchbarkeit des Besitzes als Rechtsscheinsträger

I. Rechtsvergleichende Wertung trotz unterschiedlicher Anknüpfungspunkte ?

Die im Ausgangspunkt der rechtsvergleichenden Überlegung gestellte Frage zur Brauchbarkeit des Besitzes als Rechtsscheinsträger ist nach Darstellung des besitzrechtlichen Lösungsansatzes im französischen Recht nicht einfach zu beantworten:

Zwar knüpfen beide Rechtsordnungen an den Besitz als Rechtsscheinsträger an, jedoch ergeben sich Schwierigkeiten allein aus dem Umstand, daß im französischen Recht der Besitzer als Rechtsscheinsträger auf der Erwerberseite zur Anwendung kommt, während in § 932 BGB stets auf einen durch den Veräußerer gesetzten Rechtsschein abgestellt wird.

In §§ 932 I S. 2, 933 und 934 2. Alt., 936 I S. 2 BGB knüpft der Gesetzgeber aber auch an den Besitz auf Seiten des Erwerbers an, wenn auch nicht in Form des unmittelbaren Eigenbesitzes, wie in Art. 2279 C.c. normiert. In den vorgenannten Bestimmungen überträgt der Gesetzgeber die in § 929 BGB bezüglich der Übergabe getroffene Grundwertung auf den Bereich des Erwerbs vom Nichtberechtigten. An die Besitzerlangung als Voraussetzung des Erwerbs sind die Anforderungen zu stellen, wie sie in § 929 BGB bezüglich der Besitz-erlangung aufgestellt werden.

Dies sind im einzelnen:

1. Der Besitzerwerb auf Erwerberseite;
2. die Entäußerung des Veräußerers von jeder Besitzposition;

3. der Besitzerwerb aufgrund des Veräußerungs-
geschäftes, d.h. Besitz und Entäußerung müssen
durch die Veräußerung motiviert sein;
4. der Besitzerwerb und die Entäußerung müssen
auf einer Disposition des Veräußerers be-
ruhen ¹⁾.

Der beim Erwerb vom Berechtigten in §§ 930, 931 BGB durchbrochene Kundbarmachungsgrundsatz wird demnach in den vorgenannten Bestimmungen beim Erwerb vom Nichtberechtigten weitgehend wiederhergestellt.

An den Anforderungen an die Übergabe gemäß § 929 BGB wird bereits erkennbar, daß der Schwerpunkt der Übergabe nicht auf der Veräußererseite, sondern auf der Erwerberseite anzusiedeln ist. Eine Entäußerung auf Veräußererseite ist begrifflich für die Übergabe nicht einmal notwendig. Es ist jedoch rein negativ erforderlich, daß der Veräußerer keine besitzrechtliche Beziehung mehr hat.

Wesentlich im Rahmen des § 929 BGB ist allein die Ausgestaltung des Besitzes auf der Erwerberseite. Das Erfordernis der Entäußerung auf Seiten des Veräußerers ist letztlich eine negative Formulierung dessen, was bezüglich bestimmter Besitzerfordernisse auf Seiten des Erwerbers gefordert wird ²⁾.

Auch der Rechtsscheinstatbestand, an den im Rahmen der §§ 932 ff BGB anzuknüpfen ist, ist weniger von einem Besitztatbestand auf Seiten des Veräußerers gekennzeichnet, sondern hängt ganz wesentlich von der Besitzbegründung auf Seiten des gutgläubigen Erwerbers ab. Nach dem Grundgedanken der §§ 932 BGB kann dem Besitz erst nach abgeschlossener Übergabe bzw. der Disposition des Veräußerers über den Besitz die für den Verkehrsschutz

1) Münchn.-Komm. Quack BGB § 929 Rn. 108

2) Münchn.-Komm. Quack BGB § 929 Rn. 111

maßgebende Rechtsscheinsbedeutung zukommen.

Erst der Vollzug des Veräußerungsgeschäftes läßt den Besitz auf Seiten des Veräußerers zur Legitimation erstarken ³⁾.

Es wird somit erkennbar, daß die Systematik der Anknüpfung an den Besitz als Rechtsscheinsträger im deutschen und im französischen Recht nicht von so unterschiedlichen Ansatzpunkten ausgeht, wie dies zunächst den Anschein hat. Je mehr der Tatbestand der Besitzbegründung und vollständigen Entäußerung auf Seiten des Erwerbers in den Vordergrund rückt, desto schwieriger wird es, weiterhin dogmatisch an den Rechtsschein des Besitzes allein auf der Veräußererseite anzuknüpfen. Gerade aus diesem Grunde ist zu prüfen, inwieweit sich neue Ansatzpunkte aus dem possessorischen Ansatzpunkt des C.c. herleiten lassen.

II. Die Publizität des Besitzes auf Veräußererseite im deutschen Recht und ihre Durchbrechungen

1. Dogmatik und Kritik

Im Rahmen der §§ 929 ff. BGB geht der Gesetzgeber vom grundsätzlichen Zusammenfallen von Eigentum und Besitz aus. Der Besitz wird als das sichtbar nach außen dringende Zeichen für das Eigentum oder ein sonstiges dingliches Recht an der Sache angesehen. Ihm wird ein ähnlicher Stellenwert beigemessen wie anderen dinglichen Rechten, die für jedermann erkennbar sind. Auf diesem Grundgedanken fußt zunächst das Traditionsprinzip mit seinem Erfordernis von Einigung und Übergabe. Auf diesem Grundgedanken fußt ferner das Rechtsscheinsprinzip beim Erwerb vom Nichtberechtigten.

3) vgl. Münchn. Komm. Quack BGB § 933 Anm. 2, Baur § 52 II 3b; Westermann § 48 I 2; Müller-Erzbach, Das private Recht der Mitgliedschaft, S. 330

Da bei jeder Änderung der dinglichen Rechtslage die rechtliche Wirkung durch Übertragung des Besitzes als Publizitätsmittel kundbar gemacht werden muß - so wird argumentiert -, kann sich der Erwerber beim Erwerb vom Nichtberechtigten darauf verlassen, daß der besitzende Veräußerer zu Recht besitzt ⁴⁾. Dieser Grundsatz soll aber nur beim freiwilligen Besitzverlust, nicht jedoch beim Abhandenkommen gemäß § 935 BGB gelten. Obwohl bis auf den heutigen Tag scharfe Kritik daran geübt wird, dem Besitz von Fahrnis eine derart grundlegende Bedeutung im mobiliaren Sachenrecht beizumessen, wird an dem vorerwähnten Grundsatz festgehalten ⁵⁾. Man ist zwar bereit zuzugestehen, daß dieser Grundsatz in den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 929 ff. BGB mehrfach durchbrochen wurde und der Besitz ein unvergleichlich weniger geeignetes Mittel sei, das Eigentum des Besitzers kundzutun, als etwa die Eintragung eines dinglichen Rechts im Grundbuch, will aber die Publizitäts- und Rechtsscheinswirkung des Besitzes nach wie vor nicht grundsätzlich in Frage stellen ⁶⁾. Insbesondere schränkt man die Publizitätswirkung nicht derart ein, daß allzeit der unmittelbare, nicht jedoch der mittelbare Besitz Rechtsscheinswirkung entfalten kann. Hübner ⁷⁾ zeigt überzeugend auf, daß auf einen "vergeistigten Besitz", wie ihn der mittelbare Besitz und u. U. der Besitz des Besitzherren gegenüber dem Besitzdiener darstellt, keine Rechtsscheinswirkung aufgebaut werden kann. Während im Interesse des Güterumlaufs und einer Verbesserung der Kreditsicherung die Fesseln der Kundbarkeits-

4) vgl. Westermann § 3 I 2, II 2, 45 III 1; Ermann-Westermann Einf. § 954 Rn. 4; Eichler, Institution des Sachenrechts Bd. I, 1954, S. 89, 104, 108; Palandt-Bassenge Eing. § 929 Rn. 2 b, vgl. auch BGHZ 10, 81, 86

5) Westermann § 3 II 2; Wolff-Raiser § 4 II 4, Anm. 13, Eichler, Die Rechtslehre vom Vertrauen, S.102, Anm.125

6) Westermann, § 3 II 2; Wolff-Raiser § 4 II 4, Anm. 13, Eichler, Die Rechtslehre vom Vertrauen, S.102, Anm.125

7) Hübner, Rechtsverlust, aaO., S. 65

formen allenthalben abgelegt würden, baue man beim Erwerb vom Nichtberechtigten allein auf dem Publizitätsgrundsatz auf, indem man den Fortbestand von Publizität fingiere ⁸⁾. Heute sei grundsätzlich mit dem Existieren dinglicher Rechtsbeziehungen auch ohne Vorliegen faktischer Elemente zu rechnen. Für einen Rechtsschein des Besitzes, so wie er uns de lege lata in hoher Typisierung begegnet, sei kein Raum mehr ⁹⁾.

Noch weiter geht Marianne Bauer ¹⁰⁾, die grundsätzlich die Frage aufwirft, ob die gesetzliche Regelung dogmatisch fehlerhaft ist oder ob nur die herrschende Lehre dem Gesetz in der Anknüpfung an den Besitz als Rechtsscheinsträger unhaltbare Dogmen unterlegt, durch die die vermeintlichen Systemwidrigkeiten erst geschaffen werden.

Marianne Bauer ist zunächst mit Hübner der Auffassung, daß allein dem unmittelbaren Besitz eine Publizitätsfunktion zukommen kann. Das Ausmaß und der Inhalt der Kennzeichnungswirkungen des unmittelbaren Besitzes müße jedoch neu bestimmt werden. Bauer will die Publizitätsfunktion des unmittelbaren Besitzes derart eingrenzen, daß dieser lediglich kundbar macht, daß die Sache nicht herrenlos ist. Auf diese Weise gewährleiste der unmittelbare Besitz, daß sämtliche Normadressaten erkennen können, daß das Sachobjekt einem Rechtsträger zugeordnet sei.

Nach Bauers Auffassung ist es falsch, diese dem Besitz zugewiesene Funktion auf die Kundbarmachung des Eigentums des Besitzers zu erweitern ¹¹⁾. Eine dahingehende, das Rechtssubjekt erfassende Ausdehnung der Publizitätswirkung des Besitzes ist nach den konkreten Lebensumständen ihrer Meinung nach heute nicht mehr möglich.

9) Hübner, aaO., S. 65; vgl. auch S. 74 ff.

10) Bauer, Festschrift für Bosch, S. 2

11) Bauer, Festschrift für Bosch, S. 5

Eine Publizitätswirkung dergestalt, daß das Eigentum des Besitzers kundbar gemacht werde, sei vielmehr nur dann zu bejahen, wenn die tatsächlichen Gegebenheiten der Ausübung, Nutzung und Verwertung des Eigentums an Fahrnis Argumente für eine Ausweitung der Publizitätswirkung hergäben. Das wäre dann der Fall, wenn Rechtsmacht und tatsächliche Sachherrschaft wesensmäßig miteinander verknüpft wären. Durch die vollständige Vergeistigung des Besitzbestandes, von dem neben Bauer auch Giehl und Rebe ¹²⁾ ausgehen, lasse sich das Eigentum beliebig von der äußeren Erscheinung der Sachherrschaft lösen. Es sei heute gerade typisch für die Ausübung des Eigentumsrechts, daß die Sachherrschaft an der Mobilie aufgegeben werde, um die Sache auf erweiterte Art zu nutzen und zu verwerten. Demgegenüber versuche die h. L. immer noch, das Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz als Ausnahme hinzustellen und den Vorschriften des § 932 ff zusätzlich den Zweck zu unterstellen, einen Druck auf den Eigentümer dergestalt auszuüben, Eigentum und Besitz in Einklang zu halten ¹³⁾. Dies sei eine unhaltbare Einschränkung des Eigentumsrecht in seinen vielfältigen Nutzungs-

12) Hübner, aaO., S. 65; Giehl ACP 161 (1962) 357 ff; Rebe ACP 173 (1973) 186 ff

13) Westermann S.R. § 3 I 2

So aber ausdrücklich Motive Bd. III S. 333

(Mugdan III S. 185)

"Wie im Immobilienrecht das Eigentumsprinzip der Richtigerhaltung des Grundbuchs dient, so dient im Mobilienrecht das Traditionsprinzip ähnlichen Zwecken, indem es ein Auseinanderfallen von Besitz und Eigentum tunlichst verhütet und in einer, wenn auch dem Grundbuche gegenüber, unvollkommenen, aber doch immer von großem praktischem Werte bleibenden Weise zur Kundbarmachung des zeitigen Rechtszustandes beiträgt".

Die h. L. steht also durchaus im Einklang mit der Dogmatik bei Entstehung der Vorschriften.

formen. Das Gesetz habe keinesfalls Miete, Pacht, Verwahrung und Eigentumsvorbehalt in irgendeiner Form mißbilligen wollen. Bauer mißt dem Besitz in Anlehnung an v. Lübtow¹⁴⁾ lediglich "neutralen" Charakter zu. Diese Neutralität verfestigte sich noch zusätzlich mit der Zunahme von Abzahlungskäufen und der Vereinbarung von Eigentumsvorbehalt¹⁵⁾.

Die Argumente Bauers, Giehls, Rebes und Hübners überzeugen. Es ist aber auch nicht zu verkennen, daß die h.L. sich bezüglich der Publizität des Besitzes argumentativ mit den Schöpfern des BGB in Einklang befindet¹⁶⁾. So kann Marianne Bauer zwar nicht Recht gegeben werden, wenn sie meint, die h. L. würde dem Gesetz unhaltbare Dogmen unterlegen. Dennoch bedürfen diese Dogmen einer kritischen Prüfung.

2. Die Publizitätswirkung der Besitzverschaffung

Besonderer Beachtung bedarf in diesem Zusammenhang die Lehre von der Besitzverschaffungsmacht. Oben¹⁷⁾ wurde bereits deutlich, daß die Anknüpfung an den Besitz auf Seiten des Veräußerers problematisch ist und kaum durchgehalten werden kann, weil es bei der Übergabe im Sinne des § 929 BGB ganz entscheidend und primär auf die Besitzbegründung des Erwerbers ohne verbleibenden besitzrechtlichen Bezug des Veräußerers ankommt.

14) v. Lübtow, aaO., S. 208

15) vgl. auch Süß, Festschrift für Wolff, S. 153; Giehl AcP 161, 364 f.; Rebe AcP 173, 193

16) vgl. Fußnote 13)

17) siehe oben Seite 221

Diese Erkenntnis ist nicht neu. Schon in den Protokollen der Kommission für die 2. Lesung ¹⁸⁾ wurde der tatsächlichen Sachherrschaft auf Seiten des Veräußerers die Fähigkeit des Veräußerers, dem Erwerber den unmittelbaren Besitz zu verschaffen, als Vertrauens- beziehungsweise Rechtsscheinstatbestand gleichgesetzt ¹⁹⁾.

Die Lehre von der Besitzverschaffungsmacht ist also keine "Erfindung" der neueren Dogmatik, sondern kennzeichnet bereits die Entstehungsgeschichte der Vorschriften der §§ 932 ff. BGB. Bei der Schöpfung des BGB war man sich durchaus der Probleme bewußt, die sich aus der Vergeistigung des Besitzes ergeben. Man hatte erkannt, daß in den Fällen, in denen der Veräußerer nicht unmittelbarer Besitzer ist, die Anknüpfung an den Besitz als Publizitätstatbestand problematisch und fiktiv sein kann.

Man mußte schon zum damaligen Zeitpunkt derartige Überlegungen anstellen, weil in § 934 2. Alt. BGB der Veräußerer zu keinem Zeitpunkt auch nur mittelbar besitzt. Rechtsprechung und Lehre haben diesen Lösungsansatz konsequent fortentwickelt, als sie den Gutgläubenserwerb unter Einschaltung von Geheißpersonen zuließen ²⁰⁾.

Eine Übergabe im Sinne von §§ 932 / 929 S. 1 BGB liegt nach dieser Lehre auch dann vor, wenn der Besitz dem Erwerber nicht vom Veräußerer selbst, sondern von einem

18) S. 3706

19) vgl. auch Hübner, aaO., S. 66

20) Absolut h. M. vgl. BGH 36.56, BGH NJW 74, 1132, 1134, OLG München JZ 57, 444, BGH NJW 73, 141
v. Caemmerer JZ 63, 567; Weitnauer NJW 74, 1733;
Picker NJW 74, 1794; Lopau JuS 75. 773;
Wielsing JZ 77, 291; Ennecerus-Wolff-Raiser § 69 II 2 a;
Westermann § 48 I 1; Baur § 52 II 1 a; Heck § 59/2
Lent-Schwab § 30 I 2; Eichler II 1 S. 159;
Soergel-Mühl § 932 Rn. 6, Staudinger-Berg § 932 Rn. 22;
Palandt-Bassenge § 932 Rn. 1

Dritten auf Weisung und Veranlassung des nicht besitzenden Veräußerers übertragen wird:

Der Verkäufer V weist einen Dritten D an, eine Sache, die sich im Besitz des D befindet, an den Käufer K zu übergeben. D ist hierbei weder Besitzmittler des V noch unterliegt er einem Herausgabeanspruch des V 21). D steht jedoch in einem Weisungs- und Unterordnungsverhältnis zu V dergestalt, daß D "auf Geheiß" des V die Sache dem Käufer K übergibt.

Rechtsprechung und Lehre haben diese Fallgestaltung als "Geheißerwerb" bezeichnet und den Fällen gleichgestellt, in denen der Veräußerer mittelbarer Besitzer ist und den unmittelbaren Besitzer anweist, die Sache an den Erwerber herauszugeben. Mit der Gleichstellung von "Geheißperson" und Besitzkonstitut bringt die Rechtsprechung zum Ausdruck, daß mittelbarer Besitz auf Veräußererseite grundsätzlich erst dann Publizitätswirkung entfalten kann, wenn die Besitzübertragung auf den Erwerber erfolgt ist und sich die Besitzverschaffungsmacht des Veräußerers somit konkretisiert.

Rechtsprechung und Lehre haben mit der Zulassung der Einschaltung von Geheißpersonen das Regelungskonzept der §§ 929 ff. BGB den heutigen Verkehrserfordernissen entsprechend erweitert und dem Umstand Rechnung getragen, daß heute nahezu sämtliche Güter des Wirtschaftsverkehrs nicht als körperliche Sachen, sondern als Marktangebot zur Verfügung stehen ²²⁾. Der heutige Geschäftsverkehr beruht bereits weitgehend auf gedanklichen und nicht realen Warenverschiebungen, so daß der Anwendungsbereich der §§ 929 ff. BGB auf den Geheißerwerb vom Be.rechtigten und vom Nichtberechtigten ausgeweitet werden mußte. Dabei beschränkt sich die Anwendbarkeit des

21) BGHZ 36, 56 (61)

22) Münchn.-Komm. Quack BGB § 929 Rn. 14

Geheißerwerbs nicht nur auf § 929 S. 1 BGB sondern ist demnach auch bei § 932 I S. 2 BGB möglich ²³⁾. Auch hier genügt, daß der Erwerber den Besitz auf Veranlassung des Veräußerers von einem Dritten erlangt.

Einen Sonderfall des Geheißerwerbs, der vor allem durch die heutigen Verkehrserfordernisse bedingt ist, stellt die Übergabe in Veräußerungsketten dar. Die Besonderheit dieser Fallgestaltung liegt darin, daß die Weisung nicht unmittelbar, sondern durch weitere Weisungen vermittelt wird, die ebenfalls Veräußerungen entstammen, ohne daß der Veräußerer unmittelbaren oder mittelbaren Besitz innegehabt hätte. Es werden Geheißpersonen sowohl auf Veräußerer- als auch auf Erwerberseite eingeschaltet:

Der Entscheidung des BGB vom 8.11.1972 ²⁴⁾ lag folgender Fall zugrunde:

Der Nichtberechtigte verkauft an K. D soll auf Veranlassung, auf "Geheiß" des V auf K den Besitz übertragen. K hat aber inzwischen seine Sache an Kl.veräußert und weist D an, nicht an ihn, den K, sondern direkt an Kl.den Besitz zu übertragen. D führt dies auf "Geheiß" des K aus.

Der BGH hat in diesem Fall den gutgläubigen Erwerb des K bejaht. Kl.kann demnach schon vom Berechtigten erwerben. Diese Konstruktion wird dadurch ermöglicht, daß die h. L. den unmittelbaren Besitz auf Seiten des Erwerbers nicht fordert, sondern sich vielmehr mit dem Besitzerwerb eines vom Erwerber angewiesenen Dritten begnügt. Auf einen für Außenstehende wahrnehmbaren Publizitätsakt wird vollends verzichtet ²⁵⁾. Die Rechtsprechung führt dazu, daß die tatsächliche Besitzverschaffung,

23) OLG München NJW 1957, 875

24) BGH NJW 1973, 141

25) BGH WPM 1969, 831; MDR 1969, 749; BB 1969, 812

die von D an K1 auf Weisung des K vorgenommen wird, nicht mehr gemäß §§ 932 ff. BGB zu beurteilen ist. K1 als letzter Erwerber der Veräußerungskette kann bereits bösgläubig vom Berechtigten K erwerben, der gutgläubig Eigentum von V erworben hat.

Das Publizitätsprinzip wird durch diese Form des Geheißerwerbs bei Veräußerungsketten noch nachhaltiger durchbrochen, als dies in §§ 930, 931 BGB schon geschehen ist 26).

Entscheidender Rechtsscheinstatbestand nach der h. L. ist zwar die Besitzverschaffungsmacht auf Seiten des Veräußerers in vielfachen Ausgestaltungen. Diese erstarkt jedoch erst in Vollzug des Veräußerungsgeschäftes zur Legitimation 27). Da aber beim Geheißerwerb nach der Rechtsprechung nicht erforderlich ist, daß der Erwerber die Sache in unmittelbaren Besitz nimmt und der Besitzerwerb einem vom Erwerber angewiesenen Dritten ausreicht ist der Vollzug zunächst für Außenstehende nicht erkennbar.

Zusätzlich zur Besitzverschaffungsmacht wird keinerlei Publizität dergestalt hergestellt, daß für jedermann erkennbare Lebenssachverhalte kundbar gemacht werden. Gerade bei Veräußerungsketten und Geheißerwerb ist nur intern unter den Beteiligten erkennbar, wie die sachen-

26) vgl. auch Wadle, JZ 1974, S. 689, 696

27) vgl. OLG München JZ 1957, S. 444, 445;

"Da der gutgläubige Erwerber den Schutz des § 932 deshalb genießt, weil er seinen Besitz vom Veräußerer ableitet, kann es keinen Unterschied machen, ob sein Vertrauen sich auf eine meist nicht stattfindende Wahrnehmung körperlicher Sachherrschaft des Veräußerers oder aber darauf stützt, daß der Veräußerer sich in der Lage zeigt, durch einen seinen Weisungen folgenden Dritten ihm den unmittelbaren Besitz zu verschaffen. Ein solcher Tatbestand muß für die Frage des guten Glaubens der Sachherrschaft gleichgeachtet werden ..."

rechtliche Zuordnung ausgestaltet ist, also gerade das Gegenteil dessen, was das Publizitätsprinzip im Sachenrecht bewirken soll²⁸⁾. Daher ist beim Geheißerwerb grundsätzlich zu fordern, daß der Erwerber eine nach außen kundbare Besitzposition an der Sache hat.

Wadle²⁹⁾ hat überzeugend aufgezeigt, daß die Grundsätze, die von Rechtsprechung und Lehre bezüglich des Gutgläubensschutzes bei Einschaltung von Geheißpersonen auf Veräußererseite keinesfalls mit den Fällen gleichgesetzt werden dürfen, in denen auf Erwerberseite Geheißpersonen beziehungsweise angewiesene Dritte eingeschaltet werden. Wadle weist mit Recht darauf hin, daß für den Vollzug des Eigentumserwerbs mehr zu verlangen ist, als eine nur "inter partes" sichtbare Besitzverschaffungsmacht des Erwerbers. Es ist daher der unmittelbare Besitz auf Seiten des Erwerbers zu fordern, wenn die Besitzübertragung "auf Geheiß" des Veräußerers durch einen Dritten erfolgt.

Die Rechtsprechung hat in jüngster Zeit nochmals bestätigt, daß gutgläubiger Erwerb jedenfalls dann möglich ist, wenn der letzte Erwerber mittelbaren Besitz erlangt³⁰⁾. Medicus vertritt die Auffassung, daß ein gutgläubiger Erwerb auszuschließen ist, wenn auf Geheiß des Käufers K an einen Dritten Kl. übergeben wird, K nicht mittelbaren Besitz erlangt, sondern an Kl. weiterveräußert hat³¹⁾.

Eine derartige Einschränkung würde verhindern, daß der letzte Erwerber bei einer vorgeschalteten Kette von Erwerbsvorgängen, die nicht nach außen, sondern nur "inter partes" sichtbar sind, nicht einmal mehr unter die Gutgläubensvorschriften fiele.

28) vgl. Münchn.Komm. Quack BGB §§ 854-1296, Einleitung 45

29) Wadle, JZ 1974, S. 689, 690, 696

30) BGH JuS. 1976, 396

31) vgl. Medicus § 22 IV 5, Rn. 565

Während die dogmatischen Probleme im Zusammenhang mit dem gutgläubigen Erwerb bei Veräußerungsketten und insbesondere die Forderung nach strengeren Besitzkriterien auf Erwerberseite bisher nur sehr vereinzelt erörtert werden, wird die Hauptproblematik beim Gutglaubensschutz unter Einschaltung von Geheißpersonen in der Frage gesehen, ob sich die Geheißperson tatsächlich in einem Weisungs- und Unterordnungsverhältnis zum nichtberechtigten Verfügenden befinden muß. Die Rechtsprechung läßt für einen Gutgläubenserwerb bereits ausreichen, daß der Nichtberechtigte durch Täuschung einen Besitzer dazu bringt, eine Sache an den Erwerber herauszugeben und sich die Übergabe aus der Sicht des Erwerbers als Leistung des nichtberechtigten Verfügenden darstellt. Folgender Fall soll die Problematik verdeutlichen:

K bezog regelmäßig Brennstoffe bei der Firma V. Auf Grund eines im Voraus bezahlten Auftrags war H verpflichtet, K die benötigten Brennstoffe auf Abruf zu liefern. Als kurze Zeit darauf der Abruf erfolgte, sagte V die Lieferung zu. Zu diesem Zeitpunkt hatte V sein Geschäft jedoch bereits aufgegeben und arbeitete als Provisionsvertreter bei der Firma E. V behauptete nun gegenüber E, im Namen von E mit K einen Kaufvertrag abgeschlossen zu haben. E lieferte an K die von K abgerufene Menge. Ein Hauswart von K nahm die Brennstoffe entgegen und quittierte den Empfang. Als K von E die Rechnung erhielt, verweigerte K die Zahlung mit der Begründung, bereits an V bezahlt zu haben.

Der BGH hat in diesem Fall einen gutgläubigen Erwerb des K bejaht ¹⁾. Die Tatsache, daß der Veräußerer dem K den Besitz verschafft, stelle für den Erwerber einen genauso starken Rechtsscheinstatbestand dar wie der Besitz des Veräußerers selbst. Ob ein Rechtsschein vorliege, könne darüber hinaus nicht von Umständen abhängig sein, die nicht nach außen drängen und somit dem Erwerber nicht

1) so BGHZ 36, 56; OLG München JZ 1957, 444

ersichtlich sind. Entscheidend sei, daß V es verstanden habe, den E zur Herausgabe an K zu veranlassen, gleichgültig auf welche Weise er ihn dazu veranlaßt hat ²⁾. Nicht die Willensrichtung des E, der selbst ein Eigentumsübertragungsangebot abgeben wollte, sei in dem vorliegenden Fall entscheidend, sondern es komme allein darauf an, ob K die Übergabe bei objektiver Betrachtungsweise als Ausdruck des Übereignungswillens des V verstehen durfte. Dies bedeutet praktisch eine entsprechende Anwendung der für Willenserklärungen entwickelten Lehre vom Empfängerhorizont auf den Gutglaubenserwerb ³⁾

Es ist nicht zu leugnen, daß der BGH sich hauptsächlich von Verkehrsschutzerwägungen hat leiten lassen, als er Kriterien an den Rechtsscheinstatbestand auf Seiten des Veräußerers derartig weit ausdehnte. So wird in einem Urteil vom 14.3.1974 ⁴⁾ in einem entsprechenden Fall wörtlich ausgeführt:

"Wäre in einem Fall wie dem vorliegenden der gutgläubige Eigentumserwerb des Empfängers nicht möglich, dann wäre der Vertrauensschutz des Empfängers eine Zuwendung, die er für eine Leistung seines Schuldners hält und halten darf, unvollkommen. Denn dann würde er in aller Regel überhaupt kein Eigentum erwerben und wäre damit einem Bereicherungsanspruch des Dritten nach § 812 oder 816 voll ausgesetzt, oder seine eigene an den Warenschuldner erbrachten Leistungen absetzen zu können". 5)

Die Lehre hat eine derartige Ausweitung des Gutglaubens-

-
- 2) BGHZ 36, 56 an Ende: "Die Vorschrift des § 932 BGB schützt den Erwerber, der auf Grund der Besitzlage an das Eigentum des Veräußerers glauben darf (BGHZ 10, 86 - NJW 53, 1506). Vom Erwerber aus gesehen übt aber nicht nur derjenige die tatsächliche Gewalt über die Sache (§ 854 BGB) aus, der sie selbst dem Erwerber übergibt, sondern auch derjenige, auf dessen Weisung die Sache dem Erwerber durch einen Dritten ausgefolgt wird. In beiden Fällen braucht und verdient der Erwerber Schutz".
- 3) vgl. auch OLG München JZ 1957, S. 444; BGH, NJW 74, S. 1382; BGH JZ 1975, S. 27 ff.
- 4) BGH NJW 1974, S. 1132 - 1134
- 5) mit Verweis auf BGHZ 47, 128, 130; BGHZ 55, 176, 179,

schutzes nahezu einhellig abgelehnt und im wesentlichen darauf abgestellt, daß mit dem Abstellen auf den Empfängerhorizont des Erwerbers ohne das Erfordernis einer im Verhältnis von nichtberechtigtem Verfügendem und Geheißperson gewollten Besitzverschaffungsmacht auf einen objektiven Rechtsscheinsträger völlig verzichtet werde.

Von Caemmerer ⁶⁾ will den Gutgläubenserwerb unter Einschaltung von Geheißpersonen immer dann verweigern, wenn der Übergebende sich nicht tatsächlich der Weisung des Veräußerers unterworfen hat, sondern auf eigene Rechnung handelt und die Übergabe somit nicht durch Durchführung des in Rede stehenden Übereignungsgeschäfts bestimmt war. Dann fehle es an einer "tatsächlichen" Weisungsmacht, welche als Vertrauenstatbestand gewertet werden könnte. Nach v. Caemmerer reicht es nicht aus, daß der Nichtberechtigte vermocht hat, den Besitzer durch irreführende Angaben zur Übergabe auf eigene Rechnung zu veranlassen. Medicus ⁷⁾ schließt sich dieser Auffassung an. Er betont, daß der "gute Glaube an das Vorhandensein des Rechtsscheinsträgers" niemals ausreiche, der Rechtsschein müsse objektiv, nicht nur in den Augen des Erwerbers, gesetzt sein. Picker ⁸⁾ stellt darauf ab, daß auch bei §§ 932, 934 BGB nur erworben werden könne, wenn Besitz oder mitteilbarer Besitz tatsächlich in der Person des Veräußerers vorgelegen hätten und die Sache "auf Grund der Veräußerung" übergeben worden sei. Entsprechend müsse auch das Weisungsverhältnis tatsächlich vorgelegen haben und die Sache vom Besitzer in Anerkennung des Dispositionsrechts des Veräußerers übergeben worden sein. Im übrigen wehrt sich Picker dagegen, die neue bereicherungsrechtliche Doktrin vom "Empfängerhorizont" uneingeschränkt anzuwenden, wenn

6) v. Caemmerer, Übereignung durch Anweisung zur Übergabe, JZ 1963, S. 586

7) Medicus § 22 IV 4

8) Picker, Gutgläubiger Erwerb und Bereicherungsausgleich bei Leistungen im Dreipersonenverhältnis, NJW 1074, S. 1790, 1794

im Rahmen der §§ 932 ff. BGB Veräußerungshandlungen zu bewerten seien. Er fordert, daß allein die in §§ 932 ff. BGB getroffene Wertung verbindlicher Orientierungsmaßstab sein und bleiben muß. Der BGH habe

"Auf dem beschriebenen Weg einer stillschweigenden Ausschaltung der sachenrechtlichen Normen und ihre Ersetzung durch selbstgeschaffene bereicherungsrechtliche Theorien"

mit seinem Urteil im "Hemdenfall" ⁹⁾ einen weiteren Schritt getan.

Weitnauer ¹⁰⁾ hat ausführlich die sachenrechtlichen Konsequenzen aufgezeichnet, die sich aus der vom BGH aufgestellten bereicherungsrechtlichen Doktrin vom Empfängerhorizont ergeben und lehnt ebenfalls den gutgläubigen Erwerb ab, wenn nicht ein objektives Weisungsverhältnis vorliegt und zudem eindeutig feststeht, daß sich nicht-berechtigt Verfügender und gutgläubiger Erwerber über den Eigentumsübergang geeinigt haben.

9) Picker, aaO., S. 1792, "Hemdenfall" NJW 1974, 1132

10) Weitnauer, Die bewußte und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens, NJW 1974, 1729, 1732

III. Anregungen aus dem französischen Recht

1. Zum Rechtsscheinstatbestand der Besitzverschaffung

Zum Teil wird in der Lehre schon formuliert, daß nur, wer selbst Besitzer werde, sich auf das "Sichtbarkeitsinteresse" der Gemeinheit berufen könne ¹⁾. Die Unterschiede zum französischen Recht bezüglich der Rechtfertigung des Gutgläubenserwerbs, insbesondere bezüglich des objektiv gesetzten Rechtsscheins, schrumpfen also zusammen. Dies vor allem bedingt durch die Dogmatik zu § 934 2. Alt. BGB und die Lehre des gutgläubigen Erwerbs durch Einschaltung von Geheißpersonen. Daher bietet sich an, eine vergleichende Wertung gerade in diesem Bereich vorzunehmen und die soeben erörterten Auffassungen zu überprüfen.

Die Fälle des Geheißerwerbs, dessen Zulassung im Interesse eines schnellen Warenumschlags absolut erforderlich und zu befürworten ist, können sowohl beim Erwerb vom Berechtigten als auch beim Erwerb vom Nichtberechtigten im französischen Recht problemlos nachvollzogen werden:

- Beim Erwerb vom Berechtigten allein aufgrund des in Art. 711, 1138 und 1583 C.c. normierten Konsensprinzipes,
- beim Erwerb vom Nichtberechtigten aufgrund von Art. 2279 C.c., der allein auf den Besitz des Erwerbers abstellt und nicht danach fragt, durch wen die Besitzübertragung erfolgte.

1) Heck, Sachenrecht § 56; Wadle JZ 1974, S. 689, 696

Ein Unterschied besteht jedoch darin, daß im deutschen Recht das Erfordernis des unmittelbaren Eigenbesitzes des Erwerbers nicht gesetzlich normiert ist. In der Lehre wird aber schon zum Teil vertreten, daß beim § 933 und § 934 2. Alt. BGB unmittelbarer Besitz des Erwerbers erfordert werden müsse ²⁾, ebenso beim Erwerb unter Einschaltung von Geheißpersonen ³⁾.

Im französischen Recht fehlt zwar das Erfordernis eines objektiven Anscheinstatbestandes, das heißt des Besitzes beziehungsweise der Besitzverschaffungsmacht, auf Seiten des Veräußerers. Wie bereits dargelegt, läßt die Rechtsprechung aber für die Annahme der Besitzverschaffungsmacht bereits den Umstand genügen, daß die Geheißperson vom Empfängerhorizont des gutgläubigen Erwerbers aus gesehen weisungsunterworfen war.

Das Erfordernis eines objektiven Anscheinstatbestandes auf Seiten des Veräußerers wird damit weitgehend aufgehoben.

Der C.c. verlangt aber mit der "possession réelle" die tatsächliche Sachherrschaft auf Seiten des Erwerbers. Es kann hierbei auf Erwerberseite ein Besitzdiener eingeschaltet werden, wenn die Sache in der Verfügungsgewalt des Besitzers steht ⁴⁾ und dies nach außen erkennbar ist. Die Erkennbarkeit nach außen ist unverzichtbares Kriterium der "possession réelle".

Das französische Recht zeigt ein feines Gespür für die Grenzen der Publizitätswirkung des Besitzes auf Seiten des Erwerbers. Sobald die tatsächliche Verfügungsmacht des Erwerbers nicht mehr "public" ist, entfällt die Rechtsscheinwirkung, ein gutgläubiger Erwerb scheidet aus.

2) Wacke, aaO., S. 50 ff.

3) Wadle, JZ 1974, S. 689, 696

4) vgl. Ferid Bd. II § 67 3 B 25, S. 928
siehe oben Seite 125

In diesem Zusammenhang ist von Interesse, daß die Lehre von der Eigentumsübertragung unter Einschaltung von Geheißpersonen im deutschen Recht ursprünglich anhand der Fälle entwickelt wurde, in denen auf Veräußerer- oder Erwerberseite Besitzdiener eingeschaltet wurden ⁵⁾. Es handelte sich also dabei zunächst um Fälle, in denen die Besitzordnung auch für Außenstehende noch erkennbar war. Erst später dann wurde diese Lehre auf Geheißpersonen ausgedehnt, die in keiner besitzrechtlichen Beziehung zum Veräußerer beziehungsweise Erwerber standen. In einem weiteren Schritt wurde diese zu § 929 S. 1 BGB entwickelte Dogmatik dann ohne Einschränkung auf einen Erwerb vom Nichtberechtigten gem. § 932 BGB übertragen. Dabei wurde jedoch in nicht ausreichendem Maße die Wertung berücksichtigt, daß im Bereich des gutgläubigen Erwerbs der Offenkundigkeit des Besitzwechsels entscheidende Bedeutung beizumessen ist.

Die Einschaltung von Geheißpersonen auf Veräußererseite kann unproblematisch in § 932 1. und 2. Alt. BGB eingeordnet werden. Die Fähigkeit des Veräußerers zur Verschaffung des unmittelbaren Besitzes als Vertrauenstatbestand ist der tatsächlichen Sachherrschaft gleichzusetzen. Diese Wertung ist in § 932 2. Alt. BGB ausdrücklich festgehalten. Es ist jedoch verfehlt, die Einschaltung von Geheißpersonen auf Erwerberseite ebenfalls schrankenlos zuzulassen. In diesem Fall fehlt das 2. Element des Vertrauenstatbestandes. Neben dem Besitz, beziehungsweise der Besitzverschaffungsmacht, auf Seiten des Veräußerers ist nämlich der Publizitätsakt der Übergabe erforderlich. Der Besitzwechsel ist kundbar zu machen ⁷⁾

5) vgl. Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, S. 84 ff., 143 ff., 153 ff.; Wadle JZ 1974, S. 689, 690, RGZ 74, 354

6) So schon die Protokolle der Kommission für die 2. Lesung S. 3706

7) So auch Gernhuber JZ 1956, 544, der in diesem Zusammenhang von der erforderlichen "Disposition über den Besitz" spricht; Wacke, aaO., S. 44; Baur § 52 I 1 a, § 52 II 3b; Westermann § 48 I 2; Bauer, aaO., S. 11; Wadle JZ 1974, S. 689, 695

Der für den Erwerb vom Nichtberechtigten erforderliche Rechtsschein gründet sich nicht auf den ruhenden Besitz des Veräußerers, sondern auf die Aufeinanderfolge des Besitzeinträumens - durch eigenen Besitz, beziehungsweise durch Besitzverschaffungsmacht - und die Besitzergreifung durch den Erwerber. Der Veräußerer muß jede besitzrechtliche Stellung aufgeben. Die neue besitzrechtliche Position des Erwerbers muß erkennbar sein, um Publizitätswirkung nach außen zu entfalten.

Diese 2. Voraussetzung ist aber nicht erfüllt, wenn der gutgläubige Erwerber seinerseits keinerlei besitzrechtliche Stellung erhält, sondern lediglich eine Position der Besitzverschaffung, die nach außen überhaupt nicht kundbar wird. Die Zulassung der Einschaltung von Geheißpersonen auf Erwerberseite würde damit auf einen Publizitätsakt völlig verzichten.

Die Rechtsprechung und auch ein großer Teil der Lehre haben bisher nicht erkannt, daß beim Erwerb vom Nichtberechtigten entscheidend in die Wertung einbezogen werden muß, ob auf Veräußerer- oder auf Erwerberseite Geheißpersonen eingeschaltet werden. Das entscheidende Merkmal des Vollzugsaktes, ohne den kein gutgläubiger Erwerb zugelassen werden kann, stellt sich völlig unterschiedlich dar, je nachdem, auf welcher Seite Geheißpersonen eingeschaltet werden.

Der Gutglaubenserwerb unter Einschaltung Dritter auf Erwerberseite ist nur dann zuzulassen, wenn durch den Besitzübertragungsakt nach außen kundbar gemacht wird, daß eine besitzrechtliche Position auf den Erwerber übertragen wurde⁸⁾.

8) Diese Wertung würde bedeuten, daß bei Veräußerungsketten stets der letzte Erwerber gem. § 932 BGB zu überprüfen ist, während nach bisheriger Rechtsprechung bereits der Vormann gutgläubig erwerben und als Berechtigter verfügen kann, ohne auch nur eine entfernte besitzrechtliche Stellung zu der Sache zu begründen.

Dieses Erfordernis ist im französischen Recht unabdingbar notwendig.

Die deutsche Rechtsprechung dagegen vernachlässigt diesen Gesichtspunkt bei der Einschaltung von Geheißpersonen nahezu vollends. Sie läßt sich dogmatisch auf Dauer nur dann aufrecht erhalten, wenn sie sich dazu bekennt, einen Kundbarmachungstatbestand auf Veräußerer- und Erwerberseite aufzugeben und den Empfängerhorizont als entscheidendes Merkmal in den Vordergrund zu rücken. Der Gutgläubensschutz würde dann nahezu ausschließlich von bereicherungsrechtlichen Grundsätzen bestimmt. Diese Konsequenz ist bisher nicht in ihrer gesamten Tragweite erkannt worden.

Auch zu der Frage, ob allein die faktische Besitzverschaffungsmacht auf Seiten des Veräußerers genügt, wenn der Erwerber von seinem Empfängerhorizont davon habe ausgehen können, daß ein Weisungs- und Unterordnungsverhältnis bestanden habe, kann das französische Recht Denkanstöße vermitteln:

Zunächst spricht schon die in § 934 2. Alt. BGB niedergelegte Wertung für die von der Rechtsprechung vertretene These, daß die rein faktische Besitzverschaffungsmacht genüge. Im Rahmen des § 934 2. Alt. BGB, in dem die Lehre von der Besitzverschaffungsmacht letztlich ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden hat, wird stets als ausreichend angesehen, daß ein angeblicher Herausgabeanspruch abgetreten wird⁹⁾.

In diesem gesetzlich geregelten Fall der Besitzverschaffungsmacht braucht der Veräußerer demnach überhaupt

9) so die ganz hM vgl.:

Baur § 52 II 4 a) u. c); Westermann § 48 II 3;
Soergel-Mühl § 934 Rn. 3; Palandt-Bassenge § 934
Rn. 3; RGZ 89, 348 (349 f.); 119, 152 (153 f.);
135, 75 (78); 138, 265; BGH NJW 1959, 1536 (1538);
BGH LMS 931 Nr. 7

keine Beziehung zu Sachen haben. Entscheidend ist allein die rein faktische Besitzverschaffungsmacht des Veräußerers. Die Protokolle bestätigen diese Auffassung zusätzlich. Hier wird allein darauf abgestellt, daß der Veräußerer tatsächlich erreicht, daß dem Erwerber der Besitz an der Sache verschafft wird ¹⁰⁾.

Entscheidend ist allein, daß die Besitzeinräumung durch den Dritten sich als "Anerkennung des Eigentums des Veräußerers" darstellt. Diese Argumentation bewegt sich also auf derselben Ebene wie die des Empfängerhorizontes, die der BGH vertritt ¹¹⁾.

10) Protokolle III, S. 209:

"Wenn jemand bezüglich einer im Besitz eines Dritten befindlichen Sache sich als Eigentümer ausbebe und einem anderen gegenüber erkläre, daß er ihm das Eigentum übertrage und seinen Eigentumsanspruch gegen den Dritten abtrete, so fehle, falls der Dritte zu dem angeblichen Eigentum nicht in einem ihn zur Herausgabe verpflichtenden Rechtsverhältnis stehe, für den anderen jede Grundlage zu dem Vertrauen, daß er wirklich das Eigentum erwerben werde, und deshalb könne der § 877 zu seinen Gunsten nicht Anwendung finden. Entspreche der Dritte jedoch hinterher dem Verlangen des anderen auf Einräumung des Besitzes der Sache, so müsse dieser hierin eine Anerkennung des Eigentums des Veräußerers erblicken, und in diesem Vertrauen dürfe er nach dem Grundgedanken des §§ 877 ff nicht getäuscht werden; mit der Erlangung des Besitzes müsse er daher Eigentum erwerben."

11) BGHZ 36, 56; BGH NJW 74, 1132

Die in der Lehre vertretene Meinung, die Geheißperson müsse sich tatsächlich der Weisung des Nichtberechtigten untergeordnet haben, vermag deshalb nicht zu überzeugen. Von Caemmerer¹²⁾ und Medicus¹³⁾ stellen im wesentlichen darauf ab, daß der gute Glaube an das Vorhandensein des Rechtsscheinsträgers nicht geschützt sei. Von Olshausen¹⁴⁾ will Gutglaubenserwerb nur dann zulassen, wenn der dritte Eigentümer die Sache in dem Bewußtsein liefere, daß ein anderer sie im eigenen Namen an den Empfänger veräußert habe.

Diese Argumentation übersieht jedoch, daß ein Rechtsscheinstatbestand allein auf nach außen dringenden Fakten aufbauen kann, also entweder auf Besitz und Verfügungsakt oder aber Besitzverschaffungsmacht und Verfügungsakt.

Allein diese nach außen für Dritte und den Erwerber sichtbaren Merkmale können Publizitätswirkung entfalten. Andernfalls würde man den Publizitätstatbestand mit Merkmalen auffüllen, die nicht nach außen kundbar, sondern nur einem Eingeweihten erkennbar sind. Daher muß ausreichen, daß der nichtberechtigter Verfügungende tatsächlich dem Erwerber den Besitz verschafft hat.

Das französische Recht würde hier genauso lösen: Hat der Erwerber gemäß § 2279 C.c. auf Veranlassung des Veräußerers Besitz erlangt und glaubte er, daß ein wirklicher Vertrag mit dem Berechtigten zustandegekommen wäre, liegen also alle Voraussetzungen, die im Rahmen der Gutglaubensprüfung an den "titre putatif" gestellt werden, vor, so kann er gutgläubig erwerben, ohne daß es tatsächlich darauf ankäme, wer im einzelnen die Sache tatsächlich an ihn aushändigt.

12) v. Caemmerer JZ 1963, 586, 587 f.

13) Medicus § 22 IV 4

14) vgl. v. Olshausen JZ 1975, 27 ff

Es ist demnach festzuhalten, daß die Anknüpfung an den Rechtsschein des Besitzes weitgehend vom Besitz auf Veräußererseite gelöst werden muß. Er ist zu bestimmen in Anlehnung an § 934 2. Alt. BGB und an die neuere Rechtsprechung zur Besitzverschaffungsmacht.

Entscheidend sind auf Veräußererseite Besitz oder Besitzverschaffungsmacht, d.h. die faktische Position, den Besitzübergang zu ermöglichen.

Auf Erwerberseite ist auf den Übertragungsakt und die Kundbarmachung nach außen abzustellen.

Aus dem Erfordernis der Kundbarkeit nach außen folgt, daß Einschränkungen beim Geheißerwerb vorgenommen werden müssen. Hier ist eine stärkere, nach außen kundbare Besitzanknüpfung auf Erwerberseite erforderlich.

Die Besitzverschaffungsmacht auf Veräußererseite muß ebenfalls allein an ihrer Kundbarmachungswirkung für Dritte gemessen werden. Das führt dazu, daß die Rechtsprechung des BGH zum objektiven Empfängerhorizont zu bestätigen ist ¹⁵⁾.

15) vgl. BGH JZ 1975, 27 ff mit Anm. v. Olshausen. Der BGH stellt hier in Anlehnung an BGHZ 35, 56 ff nochmals darauf ab, daß für den Gutgläubenserwerb gemäß § 932 entscheidend sei, ob die Besitzüberlassung durch die Geheißperson "objektiv betrachtet aus der Sicht des Erwerbers" als Leistung des Veräußerers erscheine.

2. Für strengere Anforderungen an den Besitz auf Erwerberseite in § 934 1. Alt. BGB

In einer Fallgestaltung, wie sie dem § 934 1. Alt. BGB entspricht, würde das französische Recht den Gutgläubenserwerb nicht zulassen. Zwar wird von einem Teil der Lehre vertreten, daß auch auf Erwerberseite Personen eingeschaltet werden können, die für den Erwerber die tatsächliche Sachherrschaft innehaben, dies muß aber immer völlig eindeutig für den Erwerber geschehen und nach außen kundbar sein ¹⁾. Eine Fallgestaltung wie die des § 934 1. Alt. BGB könnte aber schon allein deshalb niemals der Gutgläubenschutzregelung unterfallen, weil sich nach außen und für Dritte erkennbar an der Besitzlage überhaupt nichts ändert. In einer entsprechenden Fallgestaltung ist gutgläubiger Erwerb im französischen Recht nur möglich, wenn der prekäristische Besitzer, "détenteur précaire", im Einverständnis mit dem "possessioneur" zusagt, nur noch für den Erwerber zu besitzen ²⁾.

Diese unterschiedliche Wertung mag zusätzlich dazu veranlassen, die Dogmatik zu § 934 1. Alt. BGB einer erneuten kritischen Prüfung zu unterziehen.

Die Problematik, die sich aus der Umgehungsmöglichkeit des § 933 BGB mit Hilfe des § 934 1. Alt. BGB ergibt, sowie die sich daraus ergebenden Wertungswidersprüche sind bekannt und Gegenstand ausführlicher Erörterungen gewesen. Es ergeben sich im Rahmen des § 934 1. Alt. BGB vor allem zwei Fallgestaltungen, die zu unbilligen Ergebnissen führen:

1) siehe oben Seite 127

2) vgl. Guenther, Diss. aaO., S. 60
Stillschweig, aaO., S. 54

1. Ein nichtberechtigt Verfügender veräußert eine unter Eigentumsvorbehalt stehende Sache nicht durch Besitzkonstitut (gem. § 933 BGB wäre ein gutgläubiger Erwerb nicht möglich), sondern lagert sie bei einem Dritten ein. Nun kann er sie gem. § 934 1. Alt. BGB mit sofortiger Wirkung veräußern beziehungsweise dem Geldkreditgeber zur Sicherung übereignen, was nach § 933 BGB nicht möglich gewesen wäre 3).
2. Der Verkäufer V verkauft und liefert eine Maschine an K und behält sich das Eigentum vor. K übereignet diese Maschine alsbald an den Kreditgeber B zur Sicherheit unter Besitzvorbehalt; dabei gibt sich K als Eigentümer aus. Später tritt B alle Rechte aus der Sicherungsübereignung an C ab. V und C streiten sich um das Eigentum 4).

Die Rechtsprechung hat in beiden Fällen einen Gutgläubenserwerb nach § 934 1. Alt. BGB bejaht. Die sich ergebenden Wertungswidersprüche sind eklatant:

Im ersten Fall wird durch das Einlagern der Sache bei einem Lagerhalter und Erwerb gemäß § 934 1. Alt. BGB der Gutgläubenserwerb gerade in den Fällen ermöglicht, in denen der Gesetzgeber ihn nicht zulassen wollte, um zu vermeiden, daß der Eigentümer einer Sache nicht durch betrügerische Manipulationen um seine Rechte gebracht wird. Der Gesetzgeber hatte dabei in erster Linie die Fälle im Auge, in denen ein Warenlieferant sich zur Sicherung seiner Kaufpreisforderungen das Eigentum vorbehält und der Erwerber dem Geldkreditgeber die noch nicht voll bezahlte Ware im Wege des Besitzkonstituts veräußert. Er ließ sich dabei von der Maxime leiten

"prior tempore potior iure",

aber auch von der Wertung der sachlich stärkeren Berechtigung des Materiallieferanten gegenüber dem Geldkreditgeber ⁵⁾.

3) Ffm. BB 76, 573

4) BGHZ 50, 45

5) Münzel, Eigentumserwerb und Sicherungsübereignung, MDR 1951, S. 129, 131

Es ist nicht Aufgabe dieser Arbeit, näher der Frage nachzugehen, ob jeweils der Waren- oder Geldkreditgeber schutzwürdiger ist oder inwieweit das Insolvenzrisiko von beiden zu tragen ist ⁶⁾. Tatsache ist aber, daß § 933 BGB dem Eigentumsvorbehalt gegenüber der Sicherungsübereignung eindeutig die stärkere Position einräumt und auch einräumen sollte ⁷⁾. Diese Wertung verkehrt sich sofort ins Gegenteil, wenn die Sache ausgelagert wird. Dann nämlich ist gutgläubiger Erwerb gemäß § 934 I. Alt. BGB möglich, unabhängig davon, inwieweit die Auslagerung mißbräuchlich erfolgt und inwieweit der Besitzmittler lediglich als Strohmann auf Seiten des Erwerbers fungiert ⁸⁾.

Bei der zweiten Fallgestaltung liegt die Sache anders, hier verfügt nicht der mißbräuchlich Handelnde, sondern der Geldkreditgeber, der seinerseits über die Eigentumsverhältnisse getäuscht worden ist. Auch bei dieser Fallgestaltung wird jedoch die Wertung des § 933 BGB durchbrochen.

Obwohl der Erwerber C besitzrechtlich der Sache nicht näher steht als der Alteigentümer, kann er gutgläubig erwerben.

Gustav Boehmer ⁹⁾ hält die im ersten Fall sich ergebende Lösung für so unvereinbar mit der Wertung des BGB, daß er § 934 I. Alt. BGB überhaupt nicht zur Anwendung gelangen lassen will, wenn eine Umgehung des § 933 BGB beabsichtigt ist.

6) vgl. Münchn.Komm. Quack BGB Anh. §§ 929 - 936 mit ausführlichen Literaturhinweisen; Münzel, MDR 1951, S. 129; Gravenhorst, Eigentumsvorbehalt gleich Sicherungsübereignung, JZ 1971, 494

7) Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, S. 28 ff.

8) Münzel, MDR 1951, S. 129, 131

9) Boehmer, aaO., S. 40

Eine andere Möglichkeit ist de lege lata auch nicht gegeben, da das Gesetz auf jeden Publizitätsakt beziehungsweise jede Publizität der Besitzbegründung verzichtet und die sich unter den Parteien, nicht aber nach außen dringende Entäußerung ausreichen läßt. An der tatsächlichen Besitzlage ändert sich, ist die Sache erst einmal ausgelagert, beim Verkauf gemäß § 934 1. Alt. BGB überhaupt nichts. Die Übergabe ist nur fiktiv. Trotzdem reicht nach dem Gesetz die Abtretung des Herausgabeanspruchs aus.

Man könnte auch in Anlehnung an Boehmer formulieren, daß die betrügerische Entäußerung im Rahmen des § 934 1. Alt. BGB niemals ausreichen kann.

Festzuhalten bleibt abschließend, daß die Regelung des § 934 1. Alt. BGB sich von ihren Anforderungen an den Rechtsschein von den übrigen Gesetzesvorschriften zum Gutgläubensschutz wesentlich unterscheidet, da der rechtsscheinsbegründende Vollzugsakt entbehrlich ist und die Entäußerung ausreicht. Es ist daher nur folgerichtig, besonders strenge Anforderungen an die Entäußerung anzulegen.

Der zweite Ausgangsfall hat eine Korrektur über die Lehre vom gleichstufigen mittelbaren Nebenbesitz zu erfahren. Nach dieser Lehre ist durch die Sicherungsübereignung an B nur ein weiteres Besitzmittlungsverhältnis begründet worden. V und B haben Mitbesitz an der Sache erlangt, von dem sie gegenseitig jedoch nichts wissen. Mehr als dieser Nebenbesitz konnte auch nicht an C übertragen werden, mit der Folge, daß ein gutgläubiger Erwerb ausscheidet.

Ein Gutgläubenserwerb ist erst dann möglich, wenn C den unmittelbaren Besitz erlangt hat und somit offenkundig

näher an die Sache herangerückt ist, als der Verkäufer.

Der BGH ¹⁰⁾ hat demgegenüber betont, daß der Kreditgeber B. mit der Sicherungsübereignung zwar nicht das Eigentum, aber doch den mittelbaren Besitz an der Sache erlangt habe und diesen auch wirksam habe abtreten können. Der BGH argumentiert im wesentlichen mit der vom Gesetzgeber gewollten Gleichstellung von mittelbarem und unmittelbarem Besitz ¹¹⁾.

Ferner wird darauf abgestellt, daß der K. sich seiner besitzrechtlichen Position völlig entäußert habe. Allein der Wille des K., dem Kreditgeber B. den Besitz zu mitteln, reiche aus, um den mittelbaren Besitz gegenüber V. zu zerstören. Schon das Reichsgericht ¹²⁾ hatte argumentiert, daß die Fälle besitzrechtlicher Beteiligung mehrerer im Gesetz abschliessend geregelt seien ¹³⁾ und die Figur des Nebenbesitzers abgelehnt, obwohl der unmittelbare Besitzer in diesem Falle ein Doppelspiel betreibt und auch den V. in dem Glauben läßt, ihm weiterhin den Besitz zu mitteln.

Die Argumentation des BGH übersieht, daß die Regelung des § 934 I. Alt. BGB, eben weil auf einen Verfügungsakt verzichtet wird, strengere Kriterien an den mittelbaren Besitz stellen muß, soll nicht die gesamte Grundwertung der §§ 932 ff. in § 934 I. Alt. BGB aus den Angeln gehoben werden. Diese Grundwertung erfordert, wie bereits erörtert, in allen Fallvariationen einen Publizitätsakt bzw. Besitzübertragungsakt, der nach außen, über den Kreis der direkt Beteiligten, kundbar zu machen ist. Diese Grundwertung fußt letztlich auf der Abwägung, daß

10) BGHZ 50, 45, 49

11) RG-JW 1932, 1212; RGZ 89, 348, 349

12) RGZ 135, 75

13) So die §§ 866, 871, 857 BGB; vgl. auch Lange
JuS 1969, S. 165

der gutgläubige Erwerber stets näher an die Sache heranreichen muß als der verfügende Nichtberechtigte und dieses "Näher-Heranrücken" auch in irgendeiner Weise nach außen kundbar wird ¹⁴⁾. Hiervon kann jedoch ein unbeteiligter Dritter in dem zweiten Ausgangsfall gerade nicht ausgehen. Es sieht für den beteiligten Dritten so aus, daß der Vorbehaltsverkäufer V., an den weiter die Raten bezahlt werden, eine besitzrechtlich unangetastete Stellung hat.

Einfacher hat es hier das französische Recht, das beim Gutgläubenserwerb aufgrund des Besitzfehlers der

"possession équivoque"

sämtliche "Zweideutigkeiten" bezüglich der Besitzkonstellation ausschließt. Auch das anglo-amerikanische Recht kennt die

"ambiguous property" ¹⁵⁾.

Es muß daher überdacht werden, ob nicht im deutschen Recht im Rahmen des Gutgläubenserwerbs ein Merkmal des "doppeldeutigen Besitzes" geschaffen werden sollte, bei dessen Vorliegen ein gutgläubiger Erwerb nur eingeschränkt möglich bzw. ausgeschlossen ist. Der sog. gleichstufige mittelbare Nebenbesitz würde dann im Rahmen des Gutgläubenserwerbs nicht mehr ausreichen.

14) Wacke aaO., S. 56;
Medicus § 22 IV 2 c

15) Giehl AcP 161, 162, S. 357, 373

3. Für strengere Anforderungen an den Besitz auf Erwerberseite in § 934 2. Alt. BGB

Die Lösung des französischen Rechts, die den gutgläubigen Erwerb nur dann zuläßt, wenn eindeutig offenkundig geworden ist, daß der Erwerber "näher an die Sache heran-gerückt ist" als der Veräußerer, mag ebenfalls dazu veranlassen, die in der Anwendung des § 934 2. Alt. BGB sich ergebenden Probleme näher zu beleuchten.

Folgender Fall zeigt plastisch die Probleme auf, die sich bei § 934 2. Alt. BGB ergeben:

E verkauft an V Zucker und behält sich das Eigentum vor. Der Zucker wird bei dem Lagerhalter L für E eingelagert. V gibt sich aber schon vor Restkaufzahlung als Eigentümer aus und veräußert den Zucker durch Abtretung seines angeblichen Herausgabeanspruchs gegen L an den redlichen K. L stellt dem K einen Namenslagerschein aus, bestätigt aber zugleich dem E, daß er den Zucker für diesen verwahre 16).

Da L nicht für V besitzen will, sondern dies allein für E tut, kann K allenfalls nach § 934 2. Alt. BGB gutgläubiger Erwerber geworden sein. Dann muß K aber zumindest mittelbaren Besitz erlangt haben.

Dies hat die Rechtsprechung bejaht; K sei mittelbarer Besitzer geworden, da L den K als Überbesitzer anerkannt habe. Auch in diesem Fall ist das Verhalten des L doppel-deutig. Er verhält sich gerade so, als wolle er den mittelbaren Besitz des V auf jeden Fall aufrechterhalten. Trotzdem steht die Lehre auf dem Standpunkt, durch die Anerkennung des K als Oberbesitzer sei der mittelbare Besitz des V zerstört worden. Zum richtigen Ergebnis kann man hier ebenfalls nur über die Lehre vom gleichstufigen mittelbaren Nebenbesitz gelangen.

16) RGZ 135, 75 ff.; 138, 265 ff.

Auch bei dieser Fallgestaltung übersieht die Rechtsprechung, daß § 934 2. Alt. BGB richtigerweise als Rechtsschein die Besitzverschaffungsmacht auf Veräußererseite und einen Publizitätsakt erfordern muß. Dies ist die eindeutige Wertung, wie sie schon bei der Entstehung der Vorschrift zugrunde gelegt wurde.

Der Verfügungsakt muß dabei

1. über den Kreis der Beteiligten hinaus Publizitätswirkung entfalten und
2. den Erwerber näher an die Sache heranrücken lassen.

Beide Grundwertungen sind hier nicht erfüllt.

Eine ähnliche Wertung läßt sich auch dem französischen Recht entnehmen, obwohl es, bedingt durch das Fehlen des Institutes des mittelbaren Besitzes, schwierig ist, entsprechende Fallgestaltungen im französischen Recht funktional nachzuzeichnen. Im französischen Recht kann jemand, der für einen anderen besitzt, also ein "détenteur précaire", ohne den Willen seines Oberbesitzers den Rechtsgrund seiner Innehabung nicht ändern, vgl. Art. 2240 C.c. 17).

Es wäre demgemäß in dem hier vorliegenden Fall nicht möglich, daß L. durch die Ausstellung des Namenslager-scheines an K. zum "détenteur précaire" des K. wurde. Darüber hinaus wäre, unabhängig von der gesetzlichen Vorschrift des Art. 2240 C.c., ein gutgläubiger Erwerb nicht möglich, weil die neugeschaffene Besitzlage nicht eindeutig zugunsten des K. ausfällt. Die Lösung des französischen Rechts bestätigt somit die Lehre, die bei

17) Guenther, Diss. aaO., S. 61;
Stillschweig aaO., S. 55

der Lösung des Ausgangsfalls darauf abstellt, daß die zuvor zu E. bestehende besitzrechtliche Stellung habe vollständig abgebrochen werden müssen, bevor ein gutgläubiger Erwerb zugelassen werden könne ¹⁸⁾.

Noch weiter geht Wacke ¹⁹⁾, der die Auffassung vertritt, man solle im Rahmen des § 934 2. Alt. BGB stets unmittelbaren Besitz auf Seiten des Erwerbers fordern. Wacke ²⁰⁾ bildet zum Beleg seiner These folgenden Beispielsfall zu § 934 2. Alt. BGB:

"Hat der nichtberechtigte Veräußerer keinen mittelbaren Besitz, würde ihm etwa das geliehene Fahrrad gestohlen, erwirbt der gutgläubige Käufer das Eigentum, sobald er den Besitz von dem Dieb erlangt. Hierzu genügt nach ganz herrschender Lehre die Erlangung des mittelbaren Besitzes, also, daß der Dieb mit dem Gutgläubigen etwa eine Leihe vereinbart.

Hätte aber der Gutgläubige ohne den unterstellten Diebstahl ein Leihverhältnis direkt mit dem Veräußerer geschlossen, so hätte er mangels Übergabe gem. § 933 BGB nicht erworben."

Wacke weist auf die eklatante Unlogik hin, wenn in § 934 2. Alt. BGB die Veräußerungsmacht dadurch verstärkt werde, daß der Veräußerer schon vor dem Veräußerungsgeschäft keinen Besitz hatte. Dieser Konstruktionsfehler könne nur dann behoben werden, wenn man § 934 2. Alt. BGB nicht an der 1. Alt. dieser Vorschrift, sondern an § 933 BGB ausrichte. Es sei daher unmittelbarer Besitz auf Seiten des Erwerbers zu fordern. Auch dieser noch weitergehende Lösungsvorschlag Wackes verdient Beachtung.

18) Medicus § 22 IV 1 b)

19) Wacke, aaO., S. 53, 55

20) Wacke, aaO., S. 53

4. Für strengere Anforderungen an den Besitz auf
Erwerberseite in § 933 BGB

Der Fall des § 933 BGB kann im französischen Recht leicht nachvollzogen werden und zwar mit Art. 1141 C.c. Im deutschen Recht ist jedoch streitig, ob auf Seiten des Erwerbers mittelbarer Besitz ausreicht oder ob unmittelbarer Besitz zu fordern ist. Die Rechtsprechung läßt mittelbaren Besitz genügen ²¹⁾. Entscheidend kommt es allein darauf an, daß der Erwerber den Besitz vom Veräußerer mit dessen Willen in Vollziehung der Entäußerung erhält ²²⁾.

Die Einschaltung eines Besitzmittlers auf Erwerberseite soll stets möglich sein.

"wenn nur der Veräußerer selbst nicht dieser Besitzmittler ist" ²³⁾.

An anderer Stelle wird jedoch in Zusammenhang mit § 933 BGB unmittelbarer Besitz gefordert. Im Urteil des Bundesgerichtshof vom 27. März 1968 ²⁴⁾ heißt es wörtlich:

"Da die Vereinbarung des Besitzkonstituts nicht den Besitz des Veräußerers auf den Erwerber überträgt, muß als Voraussetzung für einen gutgläubigen Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten nach § 933 BGB die Erlangung des unmittelbaren Besitzes hinzutreten" ²⁵⁾.

21) RGZ, 137, 23, 25 ff

Diese Auffassung wird von der Lehre weitgehend geteilt. Vgl. Münchn.-Komm. Quack BGB § 933, Rn. 8

Palandt-Bassenge § 933, Rn. 1 aA.

Planck-Brodmann § 933, Rn. 2

22) BGHZ 67, 207

23) RGZ 137, 23, 27

24) BGHZ 50, 45, 49

25) vgl. aber Münchn.-Komm. Quack, wie Fußnote 21) der diesem Urteil diese Wertung nicht entnimmt.

In neuerer Zeit hat Wacke ²⁶⁾ die Frage der Rechtfertigung des § 933 BGB erneut aufgegriffen und zum Gegenstand rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichen-der Erörterungen gemacht. Er kommt zu dem Ergebnis, daß unbedingt unmittelbarer Besitz auf Seiten des Erwerbers gefordert werden müsse.

Er begründet dies im wesentlichen damit, daß demjenigen, der in seinem Vertrauen auf den Rechtsschein geschützt sein soll, auch zuzumuten sei, die Sache in Gewahrsam zu nehmen ²⁷⁾. Wacke ist der Auffassung, daß nur auf diese Weise gewährleistet sei, daß der Erwerber eindeutig näher an die Sache heranrücke als der Veräußerer ²⁸⁾. Dies aber sei bei der Einschaltung von Besitzmittlern auf Erwerberseite nicht hinreichend gewährleistet. Zumindest solle man strengere Anforderungen an die Besitzmittlung auf Erwerberseite stellen, um sicherzustellen, daß das "Näher-Heranrücken an die Sache" offenkundig wird.

Diese Wertung wird durch die Regelung der Art. 2279 und 1141 C.c. bestätigt. Das französische Recht läßt in Fällen des Doppelverkaufs den gutgläubigen Erwerb nur bei eindeutigem "Näher-an-die-Sache-Heranrücken" zu.

26) Wacke, aaO., S. 44 ff.

27) Wacke, aaO., S. 50

28) ebenda

5. Zusammenfassung

Abschließend ist festzuhalten, daß die französische Lösung fruchtbare Denkanstöße im Hinblick auf den Besitz als Rechtsscheinsträger hat geben können.

Eine Stärkung des possessorischen Elements im deutschen Recht erscheint zunächst deshalb sinnvoll, um die Dogmatik zum Besitz als Rechtsscheinsträger einsichtig zu machen. Solange man den Rechtsschein im wesentlichen auf Seiten des Veräußerers ansiedelt, wird man eine befriedigende dogmatische Rechtfertigung und Lösung, die als Grundwertung §§ 932, 933 und 934 BGB durchzieht, nicht finden können. Ungeachtet dieser Tatsache geht aber die neuere Kritik zu §§ 932 ff. BGB im wesentlichen vom Besitz auf der Veräußererseite aus und zeigt im wesentlichen die Unstimmigkeiten auf, die sich aus der Anknüpfung an den Besitz als Rechtsscheinsträger ergeben ¹⁾. Demgegenüber wurde dem zweiten Element des Rechtsscheinstatbestandes, dem Akt der Besitzübertragung als Publizitätsakt, bisher nicht genügend Beachtung geschenkt. Eine Tendenz in diese Richtung ist jedoch durchaus erkennbar. Marianne Bauer ²⁾ führt zutreffend aus:

"Der uneingeschränkte Vollzug der für die Übertragung der Zuteilungsration Eigentum notwendigen Handlungen legt für den Erwerber die Annahme des Rechtserwerbs vom Eigentümer nahe und ist das primäre objektive Kriterium des Anscheinstatbestandes".

Wadle ³⁾ spricht vom "Rechtsschein des Besitzwechsels". Für Westermann ⁴⁾ ist die Übergabe der "Verlautbarungstatbestand" und damit die "bestimmte Position", welche

1) vgl. Hübner, aaO., S. 56 f.; Giehl, AcP 161 (1962), S. 357, 363; Rebe, AcP 173 (1973), S. 186, 193

2) Bauer, Festschrift für Bosch, S. 1, 18

3) Wadle, JZ 1974, 689, 695

4) Westermann, JuS 1963, 1, 2

den "Ausgangspunkt eines rechtlich relevanten Rechts-
scheins" bildet. Gernhuber ⁵⁾ knüpft an die "Dispo-
sition über den Besitz" an und mißt somit ebenfalls
dem Besitz auf Erwerberseite verstärkte Bedeutung
zu. Wacke ⁶⁾ führt aus, daß zu dem Vertrauen auf
den Rechtsschein als zweites konstitutives Tatbe-
standselement ein Publizitätsakt hinzukommen müsse.
Ohne das hinzukommende zweite Element hielte das
Gesetz eine sofortige Enteignung des Berechtigten
nicht für tragbar. Gerade weil der bloße Besitz ein
so schlechter Rechtsscheinsträger sei, müsse der
Veräußerer seine in der Einigung liegende Rechtsbe-
hauptung durch das Faktum des Gewahrsamswechsels
begründen. Erst die Übergabe weise ihn als Eigen-
tümer aus.

Diese dogmatischen Ansätze werden durch einen Blick
auf die französische Regelung bestätigt. Wenn man
an dem Besitz als Rechtsscheinsmerkmal festhalten
will, muß auf den Gewahrsamswechsel abgestellt wer-
den, andernfalls wird eine Anknüpfung an den Besitz
uneinsichtig und fragwürdig.

5) Gernhuber, JZ 1956, 544

6) Wacke, aaO., S. 44, Anm. 107

IV. Entwicklung neuer Einzelkriterien für den Publizitätsakt der Übergabe

Nachdem bezüglich der Voraussetzungen des Rechts-
scheinstatbestandes Klarheit erzielt worden ist, muß
geprüft werden, welche Anforderungen an den Publizi-
tätsakt der Übergabe im einzelnen zu stellen sind.

Die Ausführungen zum Geheißerwerb sowie zu §§ 933,
934 BGB haben deutlich gemacht, daß nur generell ver-
schärfte Anforderungen an den Besitzübertragungsakt dazu
geeignet sind, zu akzeptablen Lösungen zu gelangen. So-
lange nicht für Dritte kundbar gemacht wird, daß der Er-
werber näher an die Sache herangerückt ist als der
verfügende Nichtberechtigte, kann kein Gutgläubenser-
werb zugelassen werden ⁷⁾. Dies aber muß bedeuten, daß
dem Erwerber immer dann zugemutet werden muß, die
Sache in Besitz zu nehmen, wenn sich für außenstehende
Dritte Zweifel an der Übertragung auf den gutgläubigen
Erwerber ergeben ⁸⁾. Auf diese Weise lassen sich beim
Gutgläubenserwerb bei §§ 933, 934 BGB interessegerechte
Ergebnisse erzielen. Allerdings ist hierzu notwendig,
daß die Gleichstellung von mittelbarem und unmittel-
barem Besitz auf Seiten des Erwerbers, wie sie noch
heute die Rechtsprechung bestimmt ⁹⁾, aufgegeben wird.
Es ist jeweils fallbezogen zu prüfen, ob mittelbarer
Besitz auf Seiten des Erwerbers ausreicht.

Die hier vertretene Auffassung zur Definition des
Rechtsscheinstatbestandes bedeutet, daß objektiv für

7) Medicus § 22 IV 2 c, a.E.; Wacke, aaO., S. 56

8) Wacke, aaO., S. 50, 56 Anm. 130 mit dem Hinweis,
daß der Wertung der §§ 936 III, 986 II BGB zu
entnehmen sei, daß der mittelbare Besitz gerade
nicht gleichermaßen schutzwürdig wie der unmit-
telbare Besitz sein sollte.

9) vgl. BGHZ 50, 45, 49

RG JW 1932, 1212, JW 1908, 717, BGZ 89, 348

das Eingreifen der Gutgläubensvorschriften allein der Umstand ausreichen kann, daß Eigentum und Besitz auseinanderfallen. Von diesem Zeitpunkt an werden die objektiven Umstände für das Eingreifen der Gutgläubensvorschriften allein im Innenverhältnis von nichtberechtigtem Verfügendem und gutgläubigem Dritten bestimmt. In diesem Innenverhältnis werden sie unter die Begriffe:

- Besitz,
- Besitzverschaffungsmacht,
- Entäußerung,
- Publizitätsakt und
- Vollzug der Übertragung aufgrund des Veräußerungsaktes

eingeordnet.

Eine Einschränkung in der Form, daß weitere objektive Anscheinsmerkmale auf Veräußererseite nach Lage des Falles vorliegen müssen, wird nicht vorgenommen. Diese Einschränkung soll allein mittels strengerer Anforderungen an die Habenbeziehung, d.h. den Besitz auf Seiten des Erwerbers, erzielt werden. Die Anknüpfung an die Besitzverschaffungsmacht auf Seiten des Veräußerers, die auf einer besitzrechtlichen Position des Veräußerers beruhen kann, aber nicht zwangsläufig beruhen muß, trägt zunächst dem Umstand Rechnung, daß Eigentum und Besitz in unserer heutigen arbeitsteiligen Gesellschaft häufig auseinanderfallen können. Die hier vertretene Rechtscheinsdefinition beruht weiter auf dem Gedanken, daß beim Erwerb vom Nichtberechtigten gesteigerte Publizitätsanforderungen zu stellen sind. Hieraus folgt, daß die besitzrechtliche Haben-Beziehung auf Seiten des Erwerbers beim Erwerb vom Nichtberechtigten grundsätzlich stärker ausgeprägt und nach außen sichtbar sein muß als beim Erwerb vom Berechtigten.

Erst dann setzt die Gutgläubensprüfung ein. Zwar kommt hier dem Erwerber die in § 932 BGB normierte Gutgläubensvermutung zu Hilfe und stärkt seine Position. Das ändert aber nichts daran, daß die Anforderungen an den guten Glauben weitgehend objektiv zu bestimmen sind ¹⁾ und sich im einzelnen ergeben aus:

- Art und Gestaltung des Erwerbsgeschäftes,
- Veräußerersituation,
- verkehrsüblicher Abwicklung des Geschäfts,
- der Person und der sozialen Stellung der Erwerber sowie der Erwerbssituation,
- Verkehrsauffassung über die Legitimation des Veräußerers,
- Erklärung des Veräußerers und die von ihm vorgelegten Urkunden,
- Vermögenslage des Veräußerers und
- sonstigen erkennbaren Umständen in der Person des Veräußerers ²⁾.

Darüber hinaus sind durch die Lehre von den "verkehrstypischen Gefahrensituationen" ³⁾ weitere objektive Elemente in die Gutgläubensprüfung eingeflossen.

Diese Umstände, die Giehl, Bauer und Hübner weitgehend in den Rechtsscheinstatbestand einordnen, stellen eine weitere Eingrenzung dar, die eine zu weite Ausdehnung des Gutgläubensschutzes verhindert. Die tatsächlich anzulegenden Prüfungsmaßstäbe entsprechen demnach weitgehend denen, die Giehl ⁴⁾ unter Hinweis auf den "reasonable man" zur Beurteilung des Rechtsscheinstatbestandes vorschlägt. Giehl möchte die Abwägung und Abgrenzung anhand äußerer Umstände bewußt nicht in den

1) Münchn.Komm. Quack BGB § 932, Rn. 40

2) vgl. Münchn.-Komm. Quack BGB § 932, Rn. 42

3) vgl. Münchn.-Komm. Quack BGB § 932, Rn. 59

4) Giehl, AcP 166, S. 356 - 363

Gutglaubensbereich verlagern ⁵⁾.

Es ist nicht zu leugnen, daß die Stellung des gutgläubigen Erwerbers dadurch gestärkt wird, daß die Prüfung der im Zusammenhang mit der Veräußerung stehenden objektiven Merkmale im Rahmen des guten Glaubens erfolgt, da ihm die Gutglaubensvermutung des § 932 BGB zur Seite steht. Bauer ⁶⁾ spricht in diesem Zusammenhang von einer bedenklichen Verschiebung des Beweislast, Wiegand ⁷⁾ gar von einer "der Sachlogik widersprechenden Interdependenz von Rechtsschein und gutem Glauben".

Dem muß entgegengehalten werden, daß bei dem hier vertretenen doppelaktigen Rechtsscheinstatbestand unter verschärften Anforderungen an die besitzrechtliche Stellung des Erwerbers keine ungeklärten Interdependenzen zwischen Rechtsschein und gutem Glauben mehr bestehen. Durch die Hereinnahme objektiver Verkehrsanschauungen in die Gutglaubensprüfung ist zudem gewährleistet, daß der Verkehrsschutz nicht eine zu große Ausweitung erfährt.

Eine zusätzliche Bestätigung des hier vertretenen doppelaktigen Erwerbstatbestandes findet sich nicht nur im C.c., sondern auch im neuen Entwurf des Unidroit-Institutes aus dem Jahre 1975 ⁹⁾.

5) Giehl, aaO., S. 373, siehe auch oben Seite 19

6) Bauer, aaO., S. 18

7) Wiegand, JuS 1974, S. 207

8) Auf objektive Verkehrsanschauungen wird in der neuen Dogmatik überwiegend zur Bestimmung des Anscheinstatbestandes abgestellt, vgl. Bauer, aaO., S. 19; Hübner, aaO., S. 90, 96, 124; Rebe, AcP 173, 196; Giehl, AcP 161, 357, 363

9) Loi uniforme sur l'acquisition de bonne foi d'objets mobiliers corporels, Revue de droit uniforme I 1975, Unidroit, Rom, S. 78 ff.
Projet de Convention, Texte arrêté par le Comité d'experts gouvernementaux réuni par Unidroit.

Art. 5 des überarbeiteten Entwurfs ¹⁰⁾ bestimmt:

- a) "L'acquisition de droits réels sur des objets mobiliers corporels est valable, même si le disposant n'avait pas le droit de les céder, à condition que l'acquéreur soit de bonne foi et que la chose lui soit remise,
- b) les droits restreints qu'un tiers peut avoir sur la chose sont, sous les mêmes conditions, éteints";

Art. 10 wird bezüglich der "remise" bestimmt:

1. "La chose est considérée comme ayant été remise à l'acquéreur lorsqu'elle est entre ses mains ou lorsque l'acquéreur est en possession d'un document que la représente,
2. elle est également considérée comme ayant été remise à l'acquéreur lorsqu'elle est entre les mains d'un tiers qui la détient de façon non équivoque pour le compte de l'acquéreur."

Mit der "remise de la possession" stellt der Neuentwurf auf die Besitzüberlassung als Publizitätsakt ab, ohne, wie das französische Recht, offenzulassen, was geschieht, wenn der Besitz wieder aufgegeben wird. Die Anknüpfung an die Besitzüberlassung stellt eindeutig klar, daß mit der Überlassung Eigentum übergeht und nicht wie im französischen Recht lediglich "bestehenbleibt", solange Eigenbesitz in der Person des Erwerbers vorliegt ¹¹⁾.

Bemerkenswert ist, daß der Neuentwurf, entsprechend der deutschen und der französischen Lösung, das Besitzkonstitut zwischen Veräußerer und Erwerber ausschließt, es aber

10) Ein erster Entwurf wurde im Jahr 1968 veröffentlicht, nachdem im Jahr 1962 mit den Arbeiten begonnen worden war..

11) Eine endgültige Klarstellung würde jedoch auch im französischen Recht erzielt, wenn eine Formulierung in das C.c. übernommen würde, die Art. 31 des Reformvorschlags entspricht, vgl. Niboyet, Travaux de la Commission de réforme du Code civil, Paris 1948, S. 1002:
"La possession remplissant les conditions requises par la loi fait acquérir la propriété de la chose possédée ou le droit réel exercé sous les distinctions établies par les titres qui suivent."

zuläßt, wenn ein Dritter für den Erwerber die Sache in Besitz nimmt, vgl. Art. 10 Ziff. 2. Dieser Dritte muß jedoch eindeutig nach außen kundbar machen, daß er für den Erwerber besitzt. Hierfür wird folgende rechtspolitische Begründung gegeben:

"La raison est qu'on créerait de l'incertitude ou détriment des tiers si on protégeait déjà l'acheteur avant que les tiers puissent constater par un signe extérieur que l'acheteur a acquis la chose" 12)

Dieser Rechtsgedanke entspricht weitgehend dem hier vertretenen Lösungsansatz. Es soll sichergestellt werden, daß der Erwerber eindeutig nach außen erkennbar näher an die Sache heranrückt als der Veräußerer und der Erwerber nicht etwa vorher geschützt werden.

In der deutschen Rechtsprechung wird dagegen die Besitzmittlung auf Erwerberseite von Rechtsprechung und Lehre nahezu immer als ausreichend im Rahmen des Übertragungsaktes gesehen, ohne, wie Wacke und Wadle es fordern, die Besitzmittlung auf Erwerberseite auf ihre Außenwirkung zu prüfen. Die Besitzanforderungen auf der Erwerberseite müssen, dies zeigt auch der Unidroitentwurf, verschärft werden, um zu interesssegerechten Ergebnissen zu gelangen.

12) vgl. Unidroit
Unification de Droit, Jahrbuch 1967 - 68
"rapport explicatif" zum Entwurf 1968, S. 140, 184

C. Zur Brauchbarkeit der Differenzierung von freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust

Die Abgrenzung zwischen anvertrauten und abhandengekommenen Sachen ist, wie die rechtshistorischen Erörterungen zeigen konnten, zum größten Teil dadurch bedingt, daß gemeinrechtliche Rechtsprinzipien mit modernen Rechtfertigungsversuchen zum Gutgläubenschutz zusammenfielen. Die Grenzlinie zwischen anvertrauten und abhandengekommenen Sachen ist, wie die vorstehenden Ausführungen zeigen konnten, im französischen und deutschen Recht völlig gleich. Beide Rechtsordnungen nehmen die "germanische" im Gegensatz zur "römischrechtlichen" Abgrenzung vor ¹⁾.

Die germanischrechtliche Abgrenzung ist primär aus Herausgabeklagen betreffend Diebesgut und Fundsachen bedingt, die öffentlichrechtlichen, beziehungsweise strafrechtlichen Charakter hatten, jedoch auf unterschlagene Sachen keine Anwendung fanden. Hinzu kommt, daß zum Zeitpunkt der Geltung gemeinrechtlicher Prinzipien durchaus vom Zusammenfallen von Eigentum und Besitz ausgegangen werden konnte. So waren Institute wie Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt dem gemeinrechtlichen Rechtsdenken fremd. Auch bestanden in weit geringerem Maße Sachzwänge, die zur Aufgabe des unmittelbaren Besitzes führten. Die Grundsätze "Hand-wahre-Hand" und "Wo Du Deinen guten Glauben gelassen hast, dort sollst Du ihn suchen" waren unter den damals gegebenen Umständen interesselgerecht und einsichtig.

1) vgl. Santamaria, Comentarios al Codigo Civil, Art. 430 - 466, S. 492

An der "römischrechtlichen" Abgrenzung hält das spanische Recht bis heute fest. Das gilt zumindest für den Individualbereich. Die "privacion ilegal" umfaßt sowohl den Diebstahl als auch Betrug, Untreue und Unterschlagung.

Demgegenüber läßt sich eine Rechtfertigung für die Abgrenzung "anvertraut - abhandengekommen" heute nicht mehr finden. Die strafrechtliche Ahndung von Diebstahl und Unterschlagung ist heute gleichgeschaltet. Eine Regelung der "Diebesgutherausgabe", die sich im Feld zwischen privatem und öffentlichem ²⁾ Recht befindet, ist dem heutigen Rechtsdenken ebenso fremd wie eine primär strafrechtlich ausgerichtete Fundsachenverfolgung. An ihre Stelle sind spezielle gesetzliche Regelungen getreten, die dem Eigentümer oft schon nach kurzer Zeit, das Eigentum an der Fundsache beziehungsweise den Ersterigerungserlös zusprechen. Der Friedensschutzgedanke, der die Abgrenzung weitgehend mitbestimmt hat, gibt heute ebenfalls keine Argumente mehr her. Insgesamt ist das gemeinrechtliche Regelungskonzept auf kleine räumliche Verhältnisse und allein auf natürliche Personen zugeschnitten ³⁾.

Dem Diebstahl wird heute grundsätzlich kein höherer Unwertgehalt beigemessen als dem Betrug und der Unterschlagung, was sich am Strafraumen beider Delikte unschwer ablesen läßt.

Es müssen daher neue brauchbare Argumente für eine Einschränkung des Gutglaubensschutzes bei unfreiwilligem Besitzverlust gefunden werden.

-
- 2) Allerdings kann gem. § 403 ff. StPO ein vermögensrechtlicher Anspruch im Strafverfahren geltend gemacht werden, was in der Praxis jedoch höchst selten geschieht und nicht mit der gemeinrechtlichen Fahrnisverfolgung vergleichbar ist.
- 3) Münchn.-Komm. Quack § 929, Rn. 11

Solange man an die Publizität des Besitzes als Rechtsscheinstatbestand auf Seiten des Veräußerers abstellt, läßt sich die Abgrenzung zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust zwanglos damit begründen, daß der Eigentümer keinerlei Beitrag zum Entstehen dieses Rechtsscheinstatbestandes geleistet hat. Mißt man aber dem Besitz auf Seiten des Veräußerers, wie hier vertreten, weniger Bedeutung zu und stellt vornehmlich auf den Publizitätsakt auf Seiten des Erwerbers ab, so wird dieser Argumentation zunehmend der Boden entzogen.

Mit der Theorie der Gefahrtragung läßt sich die vorgenommene Differenzierung auch nicht rechtfertigen. Unter dem Gesichtspunkt der Gefahrenbeherrschung müßte die Grenze dort gezogen werden, wo jemand die Gefahr für den Besitzverlust durch eigenes Zutun erhöht. Dies ist aber nicht nur bei der Besitzüberlassung an einen Dritten der Fall, sondern ebenfalls dann, wenn der Eigentümer durch eigene Nachlässigkeit das Risiko für den Besitzverlust erhöht, wenn er also eine ihm gehörende Sache durch Unachtsamkeit verliert, oder aber durch eigenes Zutun oder Unterlassen einem verstärkten Diebstahlsrisiko aussetzt.

Hübner ⁴⁾ hat zutreffend erkannt, daß man, wenn man von der Zurechenbarkeit des Eigentumsverlusts ausgehen will, ebenfalls die Unterscheidung von "anvertraut" und "abhandengekommen" in der hergebrachten Form aufgeben muß.

Auch Rebe ⁵⁾ ist der Meinung, daß die Differenzierung

4) Hübner, aaO., S. 56 f.

5) Rebe, aaO., S. 200

einer neuen Ausgestaltung bedarf. Rebe hält sich dabei an die de lege lata vorgegebene Konstruktion, will aber den Begriff des "Abhandenkommens" neu umschreiben. Abhanden-
gekommen sind seiner Meinung nach auch solche Sachen, die der Erwerber erworben hat, ohne daß der Eigentümer einen ihm zurechenbaren Rechtsschein gesetzt hat. Rebe versucht also, Hübners Anknüpfung an die Zurechenbarkeit des Besitzverlustes de lege lata zu rechtfertigen, indem er das Abhandenkommen im Sinne des § 935 BGB vom reinen Besitztatbestand löst und Zurechenbarkeitskriterien direkt an § 935 BGB knüpft. Nach Rebe liegt ein Fall des "Abhandenkommens" und damit ein Ausschluß des gutgläubigen Erwerbs schon dann vor, wenn der Alteigentümer den unmittelbaren Besitz an der Sache zwar freiwillig, aber unter Beachtung aller Vorsichtsmaßregeln und somit nicht zurechenbar aufgegeben hat. Die überkommene Unterscheidung zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust als Abgrenzungsmerkmal beim Gutgläubenserwerb gibt Rebe bewußt auf.

Die Argumentation Rebes führt zu einer Einschränkung des Gutgläubenserwerbs, weil sie den Begriff des Abhandenkommens wesentlich weiter faßt als dies von Rechtsprechung und Lehre bisher getan wird. Es scheint sinnvoll, den Denkansatz Rebes mit den bisher gefundenen Ergebnissen zu verknüpfen:

Oben beim Rechtsschein ⁶⁾ wurde festgestellt, daß es interessegerecht erscheint, immer dort einen Gutgläubenserwerb zuzulassen, wo einem Nichtberechtigten die Besitzverschaffungsmacht und somit die Möglichkeit offenstand, Besitz zu übertragen. Diese Wertung ist von der neueren Rechtsprechung in Fällen des Gutgläubenserwerbs bei abgekürzten Leistungsverhältnissen, insbesondere beim Geheißerwerb, längst vollzogen worden ⁷⁾.

6) siehe oben Seite 242

7) siehe oben Seite 226 ff.

Man könnte nun in Anlehnung an Rebe ⁸⁾, der den Begriff des Abhandenkommens lediglich als auslegungsfähigen Abgrenzungsbegriff auffaßt, lediglich solche Sachen als abhandengekommen zu bezeichnen, bei denen das Verhalten des Eigentümers nicht im weitesten Sinne kausal für den Besitzverlust war.

Zur Verdeutlichung sollen die verschiedenen Definitionen des Begriffes "Abhandenkommen" noch einmal aufgezeigt werden:

Die h. L. und Rechtsprechung definieren das "Abhandenkommen" als unfreiwilligen Verlust des unmittelbaren Besitzes, z. B. durch Zwang und höhere Gewalt.

Rebe will den § 935 BGB in seiner jetzigen Form bestehen lassen, jedoch von dem Erfordernis des unfreiwilligen Verlustes des unmittelbaren Besitzes abrücken. Die Lösung Rebes entspricht demnach im Ergebnis der des englischen und amerikanischen Rechts, soweit es um den Erwerb von einem Privatmann geht ⁹⁾. Freiwilliger Besitzverlust allein führt noch nicht zum Eingreifen des Gutgläubensschutzes. Es müssen weitere "indicia of title" hinzukommen, andernfalls liegt nach Rebe "Abhandenkommen" vor.

Der hier vertretene Lösungsansatz will ebenfalls in Anlehnung an die Ausführungen Rebes die Unterscheidung freiwilliger, unfreiwilliger Besitzverlust aufgeben. Hierbei soll aber, im Gegensatz zu Rebe, der Begriff des "Abhandenkommens" nicht ausgedehnt, sondern de lege ferenda eingeschränkt und auf die Fälle begrenzt werden, in denen

8) siehe oben Seite 17

9) siehe oben Seiten 51 / 52

der Eigentümer keinerlei Kausalbeitrag zum Besitzverlust geleistet hat.

Diese Lösung hat den Vorteil, die bisherige Wertung des BGB, die den grobfahrlässigen Verlierer besserstellt als den schuldlos Anvertrauenden, zu korrigieren. Abhandenkommen läge nur bei Diebstahl und bei Verlust auf Grund höherer Gewalt, nicht aber bei Verlust auf Grund von Unachtsamkeit vor. In allen anderen Fällen, insbesondere bei Weggabe von Sachen durch Besitzdiener ist Gutglaubenserwerb möglich.

Die hier vertretene Definition des "Abhandenkommens" kann überzeugend in die oben entwickelten neuen dogmatischen Ansätze eingebunden werden.

Die faktische Möglichkeit des Veräußerers, dem Erwerber Besitz zu verschaffen sowie strenge Anforderungen an die Besitzbegründung auf Seiten des Erwerbers sollen die Grenzen des Gutglaubensschutzes bestimmen. Nur bei Diebstahl und höherer Gewalt, in den Fällen, in denen der Eigentümer keinerlei Handlung vornimmt, sondern passiv erfahren muß, daß ihm die Sache entzogen wird, erscheint es gerechtfertigt, den Gutglaubensschutz einzuschränken.

Eine Einschränkung des gutgläubigen Erwerbs von Diebesgut erscheint nach wie vor sinnvoll, weil sie dazu beitragen kann, den Handel mit Diebesgut zu erschweren. Auch ist auf diese Weise gewährleistet, daß gestohlene Sachen nicht durch Hehler wieder verkehrsfähig gemacht werden.

Auch der UCC schließt den gutgläubigen Erwerb von Diebes-

gut aus, und zwar sowohl beim Erwerb von einem Privatmann als auch beim Erwerb von einem Händler ¹⁰⁾.

Ein gutgläubiger Erwerb von gestohlenen und durch höhere Gewalt abhandengekommenen Sachen ist, dies ist im Ergebnis festzuhalten, nicht gerechtfertigt. Im Gegensatz zur Regelung des § 935 BGB ist der Gutglaubensschutz an verlorenen Sachen möglich.

Das hier vertretene Ergebnis, Ausschluß des gutgläubigen Erwerbs bei gestohlenen, nicht aber bei verlorenen Sachen, würde dem Ergebnis des Unidroitentwurfes von 1975 entsprechen ¹¹⁾. Eine recht ähnliche Wertung erzielt der Nordische Neuentwurf ¹²⁾, der die Differenzierung von anvertraut und abhandengekommen allerdings ähnlich dem italienischen Recht gänzlich aufgibt und mit einer Beweislastumkehr bei gestohlenen Sachen arbeitet. Die hier vertretene Lösung hat den Vorteil, die Nachlässigkeitswertung voll miteinzubeziehen, ohne das legitime Ordnungsinteresse, den Umlauf von Diebesgut nach Möglichkeit einzuschränken, zu vernachlässigen. Zusätzliche Argumente für eine gänzliche Aufhebung der Differenzierung können sich nur dann ergeben, wenn in größerem Maße als bisher Mobilien registriert werden und somit größere Publizität, die den Umlauf von Diebesgut hindert, geschaffen würde.

Bezüglich der Differenzierung von anvertrauten und abhandengekommenen Sachen können zwar keine Argumente aus dem französischen Recht bezogen werden. Diese geschicht-

-
- 10) vgl. Pfetsch, aaO., S. 67
§ 2 - 403 (I) S. 3 (d) läßt lediglich gutgläubigen Erwerb bei einem Trickdiebstahl zu.
- 11) vgl. Artikel 11 des Entwurfs: *L'acquéreur d'une chose volée ne peut invoquer sa bonne foi*", *Revue de droit uniforme*, UNIDROIT 1975 I, S. 82
- 12) vgl. Heßler, *RabelsZ* 32 (1968), S. 285, 293
siehe oben Seite 36, Fußnote 22

lich bedingte Trennungslinie ist ohne zwingende rechtspolitische Gründe in Deutschland wie in Frankreich bis auf den heutigen Tag in überkommener Form beibehalten worden ¹³⁾. Das französische Recht mindert jedoch ganz erheblich die praktischen Auswirkungen der vorgenommenen Abgrenzung dadurch, daß nach der Verwirkungsfrist von drei Jahren Diebesgut für gutgläubige Erwerber die volle Verkehrsfähigkeit erlangt und zudem ein Lösungsrecht vorgesehen ist, das im Umsatzbereich zur völligen Aufhebung der Differenzierung anvertraut, abhandengekommen führt. Insoweit kann auch das französische Recht Anstöße zum Überdenken der Lösung der §§ 932 ff., 935, 937 BGB geben.

13) vgl. hierzu eingehend Mengoni, gli acquisti "a non domino", Mailand 1975, S. 83, der darauf verweist, daß der Ursprung dieser Trennungslinie allein überkommenem germanischen Rechtsdenken entspricht und aufzugeben ist. Vor allem die Anknüpfung an eine "culpa in eligendo" beziehungsweise "culpa in custodiendo" lehnt Mengoni ab, da diese Argumente letztlich nur in Primitivgesellschaften Beachtung finden könnten, wo jeder in der Lage war, sein Gegenüber zu kontrollieren. Er hält die Differenzierung für unpraktikabel und stellt vor allem darauf ab, daß die Fähigkeit das Risiko zu beherrschen, auf Veräußerer- mehr als auf Erwerberseite gegeben sei. Insoweit ähnelt seine Argumentation der Müller-Erzbachs in: Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, aaO., S. 228

D. Ansätze zu einer neuen Abgrenzung von Umsatz- und Individualbereich

Der C.c. privilegiert in Art. 2280 die auf Warenumsatz gerichteten Geschäfte des täglichen Lebens.

§ 366 HGB normiert eine Privilegierung des gutgläubigen Erwerbs von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgeschäfts. Der gute Glaube des Erwerbers an die Verfügungsbefugnis des Veräußerers reicht hier aus.

Der Erwerber im gewerblichen Bereich wird somit gemäß § 366 HGB stärker geschützt. Die Privilegierung des gewerblichen Bereichs, wie sie § 366 HGB vornimmt, bedeutet jedoch nicht zwangsläufig eine Privilegierung des Warenumsatzes im Rahmen typischer Umsatzgeschäfte.

In § 366 HGB wird allein auf den Begriff des Handelsgeschäfts gemäß § 343 HGB abgestellt. Gemäß § 343 II HGB sind hierbei auch durchaus untypische Geschäfte mitumfaßt ¹⁾. Ferner sind nach ständiger Rechtsprechung sämtliche Hilfs- und Nebengeschäfte eines Kaufmanns ebenfalls Handelsgeschäfte ²⁾. Hinzukommt, daß nach § 344 I HGB stets die Vermutung gilt, daß ein von einem Kaufmann vorgenommenes Rechtsgeschäft zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig ist.

1) Schlegelberger-Hefermehl § 366, Rn. 28; § 343 Rn. 15, 16

2) RG HRR 32, 1645, BGHZ 63/22, 35; RG JW 04.496, BGH NJW 1960, 1852, Baumbach-Duden, HGB § 343, Rn. 1, zum gesamten Problemkreis ausführlich: Levy, Voraussetzungen des gutgläubigen Fahrniserwerbs nach §§ 932 - 936 des BGB und 366, 367 des HGB, Diss. Hannover 1903

Ein erhöhter Erwerberschutz wird demnach im HGB nahezu ausschließlich durch die Kaufmannseigenschaft des Veräußerers begründet, ohne daß danach gefragt wird, ob für das konkrete Rechtsgeschäft tatsächlich das Erfordernis erhöhten Verkehrsschutzes besteht.

Dies ist, insbesondere wenn man die Regelung der Art. 2279, 2280 C.c. betrachtet, nicht einsichtig:

Grundlage für einen erhöhten Erwerbsschutz können nur typische Umsatzgeschäfte eines Kaufmanns sein, und zwar typisch vom Warencharakter sowie üblich von der Art der Abwicklung. Dies ergibt sich im C.c. schon aus dem Wortlaut des Art. 2280 "marchand vendant des choses pareilles" und wird durch das Erfordernis der "habitude" zusätzlich klargestellt ³⁾.

Dasselbe gilt für den UCC, der auf den "merchant who deals with goods of that kind", sowie auf den "ordinary course of business" abstellt ⁴⁾. Ebenso verfahren das schweizer, das englische und das österreichische Recht ⁵⁾.

Die Differenzierung nach gewerblichem und nichtgewerblichem Bereich, wie sie das deutsche Recht vornimmt, erscheint demgegenüber formal und muß in Anlehnung an die soeben genannten Rechtsordnungen neu

3) siehe oben Seite 161

4) § 2 - 403 Abs. II UCC

5) vgl. auch § 934 II ZGB, § 22 Sale of Goods Act, § 367 ABGB

bestimmt werden ⁶⁾.

Hübner ⁷⁾ möchte eine Differenzierung dergestalt vornehmen, daß er auf Seiten des Eigentümers prüft, ob die Besitzaufgabe "gewinnorientiert" oder "altruistisch" erfolgt. Er stellt darauf ab, unter welchen subjektiven Motiven die Besitzaufgabe erfolgte.

Der gutgläubige Erwerb soll dann privilegiert werden, wenn der Eigentümer die Sache auf Grund wirtschaftlichen Interesses in den Bereich verbracht hat, in dem typische Umsatzgeschäfte abgewickelt werden. Ähnlich verfährt der UCC, der den Erwerb von einem Kaufmann nur dann privilegiert, wenn der Eigentümer selbst seinen Besitz dem nichtberechtigten verfügenden Kaufmann überlassen hat, es muß ein "entrusting of possession to a merchant ..." vorliegen ⁸⁾.

Derartige zusätzliche subjektive Kriterien müssen meines Erachtens bei der Frage einer Privilegierung des gutgläubigen Erwerbs im Bereich typischen Warenumsatzes unberücksichtigt bleiben, da sie den Erwerber zufällig treffen. Von der Frage, ob der Eigentümer selbst oder sein Nachmann die Sache in den Bereich typischen Warenumsatzes gebracht hat, darf der Gutglaubensschutz nicht abhängig gemacht werden. Entscheidendes Kriterium muß die Frage sein, ob unter typischen Umständen eines auf Warenverkehr gerichteten Geschäftes erworben wurde.

6) Interessant in diesem Zusammenhang ist die Tatsache, daß in den Protokollen zum HGB eine Abgrenzung von Umsatz- und Individualbereich dergestalt erörtert wurde, daß man die Unterscheidung von nicht abhandengekommenen - abhandengekommenen Sachen für "Waren im großen Verkehr" aufheben wollte. Letztlich blieb dann die Regelung des § 366 HGB als Rumpregelung bestehen, die weniger an den Waren- und Umlaufcharakter als an den formalen Begriff des Handelsgeschäfts anknüpft, vgl. Protokolle HGB, 1861, S. 4110 ff.

7) Hübner, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, aaO., S. 142 f.

8) § 2 - 403 (2) UCC

E. Zur Brauchbarkeit des Verkehrsschutzgedankens

Die Frage, wieweit Verkehrsschutzerwägungen beim Gutgläubenserwerb gerechtfertigt sind, ist bei der Frage nach dem Besitz als Rechtsscheinsträger schon zum Teil beantwortet worden. Eine Zurechnung des Besitzverlustes in der Weise, daß allein die vom Eigentümer geschaffene Möglichkeit, daß ein Dritter nichtberechtigt verfügt, für den Gutgläubensschutz ausreichen kann, läßt sich letztlich nur mit Verkehrsschutzerwägungen begründen. Nach wie vor ist damit aber nicht die Frage beantwortet, ob mit einer starken Betonung des Verkehrsschutzgedankens der Gutgläubensschutz nicht zu weit geführt wird und der Verkehrsschutzgedanke einzugrenzen ist.

Zunächst ist festzuhalten, daß die Veräußerung von Mobilien im Umsatzbereich den Regeltatbestand darstellt, der für die Gesamtregelung bestimmend sein muß. Dies spricht für die Richtigkeit des Verkehrsschutzgedankens, der durch einen Blick auf verkehrsschutzorientierte Kodifikationen wie:

den Code civil, den Codice civile, den UCC ¹⁾, den schwedischen Neuentwurf ²⁾, den Neuentwurf des

-
- 1) Übereinstimmend wird in den USA der erweiterte Gutgläubensschutz mit dem Schutz des Verkehrsinteresses begründet, vgl. Pfetsch, aaO., S. 132 Fußnote 2
 - 2) Hessler, RabelsZ 32 (1968), 284, 289
vgl. ferner Statens offentliga utredningar 1965: 14 (SOU 1965:14): godtrosförvärv av lösöre (Stockholm 1965), 219, 221;
Nordiska Rådet 15: e sessionen 1967 Helsingfors (Stockholm 1967), 1439 ff.

Niederländischen Gesetzbuches ³⁾ sowie den Neuentwurf des Unidroit-Institutes ⁴⁾ bestätigt wird.

Die Anknüpfung an den Verkehrsschutzgedanken führt de lege lata nicht einmal über das Maß des bisher gewährten Gutglaubensschutzes hinaus. Die Anknüpfung an den Verkehrsschutzgedanken unter Aufgabe der bisherigen Dogmatik, die an die Publizität des Besitzes auf der Veräußererseite anknüpft, würde die Regelung der §§ 932 ff BGB durchschaubarer und einsichtiger machen. Eine zu starke Berücksichtigung des Erwerberinteresses könnte dabei durch sorgfältige Prüfung des guten Glaubens eine Einschränkung erfahren.

Zu Recht wird in der neuere Lehre ⁵⁾ kritisiert, daß die Korrektur einer zu starken Ausweitung des Gutglaubensschutzes in der heutigen Rechtsprechung bei der Prüfung der Gutgläubigkeit erfolgt, ohne daß im Einzelfall überhaupt ein objektiver Rechtsscheinstatbestand auf Veräußererseite vorliegt. Es stellt sich zur Behebung der soeben aufgezeigten Inkonsistenz jedoch die Frage, ob man diese Dogmatik durchhalten will, mit der Folge, den Gutglaubensschutz unter Umständen wesentlich zu beschneiden. Meines Erachtens sollte man stattdessen die Ergebnisse der heutigen Rechtsprechung, insbesondere auch die von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze zur Gut-

3) In Kraft getreten sind bis Ende 1981 die Bücher 1 (Personen- und Familienrecht) und 2 (Gesellschaftsrecht). Die Bücher 3 (Vermögensrecht im allgemeinen), 4 (Erbrecht), 5 (Sachenrecht) und 6 (Allgemeiner Teil des Schuldrechts) sind zwar fertig formuliert, aber bisher noch nicht in Kraft getreten. Buch 3, das den Gutglaubensschutz der beweglichen Sachen mitumfaßt, ist zu finden in: "Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden 1980, Nr. 430 (Gesetz vom 9.5.1980)

4) siehe oben Seite 259

5) Giehl, AcP 161 (1962), S. 356, 379

glaubensprüfung, grundsätzlich als interessegerecht akzeptieren und die Dogmatik bezüglich des Besitzes auf Veräußererseite als Rechtsscheinsträger aufgeben beziehungsweise korrigieren. Die hier vertretene Lösung, primär vom Publizitätsakt der Besitzgründung auf Erwerberseite auszugehen, würde die gesetzliche Regelung der §§ 932 ff. BGB erneut verständlicher machen und wäre überdies konsequenter.

Der Vergleich mit dem französischen Recht konnte zeigen, daß in Frankreich schon vor der Entstehung des Code civil dem Verkehrsschutzgedanken eine weitaus größere Bedeutung beigemessen wurde, als dies noch heute im deutschen Recht der Fall ist. Mit ausgesprochener Selbstverständlichkeit wird in Frankreich seit mehr als 150 Jahren das Argument der "besoins du commerce" vertreten, während dieses Argument im deutschen Recht unter vielen anderen keine herausragende Stellung einnahm und erst in letzter Zeit verstärkte Bedeutung gewann. Die Betonung des Verkehrsschutzgedankens spiegelte sich in der Regelung der Art. 2279 ff. C.c. wider, während die §§ 932 ff. BGB von einem sehr starken Auseinanderfallen der Wertungen gekennzeichnet sind, je nachdem, ob es sich um einen Fall des freiwilligen oder des unfreiwilligen Besitzverlustes handelt ⁶⁾. So wird verständlich, daß ein Großteil der deutschen Dogmatik um die Frage kreist, wie dieser völlige Gegensatz der Wertungen zu rechtfertigen ist.

Der Vergleich mit der französischen Lösung konnte diese Hintergründe verdeutlichen und zugleich Argumentationshilfen für eine stärkere Berücksichtigung

6) vgl. Saleilles, aaO., S. 163

des Verkehrsschutzgedankens auch im deutschen Recht liefern.

Weder das französische Recht, noch andere Rechtsordnungen, die noch stärker den Verkehrsschutzgedanken hervorheben, können jedoch die Bedenken ausräumen, die dagegen bestehen, den Verkehrsschutzgedanken zum überragenden Kriterium einer Gutglaubensschutzregelung zu machen.

Das Verkehrsinteresse wird in der Dogmatik bisher nahezu ausschließlich aus der Sicht des Erwerbers bewertet. Dies bedarf einer Korrektur. Das Verkehrsinteresse kann zunächst einmal Argumente für einen stärkeren Erwerberschutz in genau demselben Maße für einen stärkeren Schutz des Alteigentümers liefern. So hat in jüngster Zeit Heßler ⁷⁾ ausgeführt:

"Ebensogut wie es ein für den Geschäftsverkehr beachtliches Interesse sein kann, daß bewegliche Sachen ohne eingehende Nachforschungen mit Sicherheit vom Besitzer erworben werden können, ebensogut muß es als ein Verkehrsinteresse angesehen werden, daß Sachen zur Aufbewahrung gegeben, verliehen oder verkauft werden können, ohne daß die Gefahr besteht, daß das Eigentum an ihnen verloren geht."

Auch Hübner ⁸⁾ hat sich stets geweigert, das Verkehrsinteresse als einzig und entscheidenden Anknüpfungspunkt für die Rechtfertigung des Gutglaubensschutzes anzusehen, dies, weil das Verkehrsbeziehungsweise Gemeinschaftsinteresse sowohl im Schutz des Eigentums als auch im Vertrauensschutz des Erwerbers Genüge erfahren kann.

7) Heßler, RabelsZ 32 (1968), S. 290

8) Hübner, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht aaO., S. 72, 81

Ebenso weist Sixt v. Kapf ⁹⁾ in seiner Dissertation darauf hin, daß der Verkehrsschutz sehr wohl auch den Schutz des Eigentümers bedeuten kann. Auch dieser ist als Verkäufer, Vermieter etc. am Geschäftsverkehr beteiligt. Die Begriffe Eigentumsinteresse und Verkehrsinteresse können eben nicht, wie dies sowohl in der älteren als auch in der jüngeren Dogmatik zum Gutglaubensschutz immer wieder geschieht, ohne weiteres gegenübergestellt werden. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis ist diese Problematik einer einseitigen Sicht des Verkehrsinteresses aus der Warte des Erwerbers wiederholt angesprochen worden. Dort wird als "Schreckbild" stets die Uhr erwähnt, die beim Uhrmacher zur Reparatur gegeben wird und deren Eigentum der Eigentümer nicht verlieren dürfe, weil - und das verstoße ebenfalls gegen das Verkehrsinteresse - sonst niemand mehr ohne die Gefahr des Eigentumsverlustes eine Sache zur Reparatur geben könne ¹⁰⁾.

Diese Überlegungen, die diese oft zu einseitig geführte Diskussion um das Verkehrsinteresse korrigieren wollen, sind indes nicht geeignet, das Verkehrsinteresse als tragendes politisches Argument für den Gutglaubensschutz in den Hintergrund zu drängen. Das Verkehrsinteresse bleibt in der heutigen arbeitsteiligen Gesellschaft der einzig brauchbare Ansatz für eine Gutglaubensregelung, die man von ihrem historischen Ballast befreit hat.

Zwar kann das Verkehrsinteresse sowohl für das Erhaltungsschutz- als auch für das Erwerberinteresse

9) Sixt v. Kapf, Diss. aaO., S. 17
10) vgl. Pfetsch, aaO., S. 80
Levy v. Booth, 58 Md. 305, 315 (1882)

sprechen - insoweit ist die oben beschriebene "korrigierende" Wertung dieses Begriffes zurecht erfolgt -, doch wiegen die Argumente für einen stärkeren Erwerbschutz am Ende schwerer:

Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Warenverkehr stärker behindert wird, wenn ein Käufer stets eingehende Nachforschungen über das Verfügungsrecht des Übertragenden vornehmen muß, als dies der Fall wäre, wenn man dem Eigentümer auferlegte, sich durch besondere Vorsichtsmaßnahmen zu schützen. Das Interesse an einem reibungslosen Warenaumlauf, also das sogenannte "dynamische" Verkehrsinteresse hat daher das stärkere Gewicht und gibt Argumente für einen Schutz des gutgläubigen Erwerbers.

Es stellt sich dann aber die Frage, wie weit dieser Schutz gehen soll. Im Rahmen dieser Arbeit wird die These vertreten, daß bei Diebstahl die rei vindicatio weiterhin aufrechterhalten werden soll.

Zwar wird immer dann, wenn das Verkehrsinteresse als tragende Säule des Gutglaubensschutzes propagiert wird, gleichzeitig betont, daß das Verkehrsinteresse die völlige Aufgabe der Differenzierung von freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust erfordere. Dem kann jedoch nicht ohne weiteres zugestimmt werden, da dieser Satz nur bezüglich der Förderung des Warenaumlaufs gilt. Geht man dagegen von dem umfassenden Begriff des Verkehrsinteresses aus, so ist es durchaus gerechtfertigt, den sofortigen gutgläubigen Erwerb an gestohlenen Sachen nicht zuzulassen.

Hiergegen kann zwar eingewandt werden, daß der strafrechtliche Vorwurf, den die Rechtsordnung für den Diebstahl bereithält, sich kaum von dem unterscheidet, der

für die Unterschlagung vorgesehen ist. Ferner kann man anführen, gegen Diebstahl könne sich jeder versichern ¹¹⁾. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß eine Gutglaubensschutzregelung, die den uneingeschränkten Erwerb von Diebesgut zuläßt, den Umschlag von Diebesgut zweifellos fördert. Diesen einzuschränken ist jedoch legitimes Ordnungsinteresse jeder Rechtsordnung. Hinzu kommt, daß der Gewahrsamsbruch, der zudem sehr häufig im Zusammenhang mit einem Einbruch oder aber dem Aufbruch zum Beispiel eines Kraftfahrzeugs zusammenfällt, von der Allgemeinheit durchaus als größere Störung der Ordnung und des Rechtsfriedens aufgefaßt wird, als dies bei der Unterschlagung der Fall ist.

Auch kann eine Ausdehnung des Gutglaubenserwerbs auf gestohlene Sachen heute nicht mehr damit begründet werden, daß es für den Erwerber höchst schwierig sei, Rückgriff beim nichtberechtigten Verfügungsmann zu nehmen. Diese Argumentation hat das Marktprivileg und hieraus resultierende Normierungen von Lösungsrechten geprägt ¹²⁾, ist aber heute nicht mehr haltbar.

Zwar wäre es vermessen zu behaupten, durch die *rei vindicatio* von Diebesgut könne der Umlauf von gestohlenen Sachen mit Erfolg eingeschränkt werden. Das Argument, der Käufer müsse vor zu umfangreichen Nachforschungen geschützt werden, sonst würde der

11) Siehr, ZVG1R 80 (1981), S. 273, 283; vgl. aber RGZ 130/261; 164, 288, wonach die Möglichkeit, sich zu versichern, noch als grundsätzlich irrelevant im Rahmen der Schadenszuteilung angesehen wird. Den gerade gegenteiligen Standpunkt vertritt für das US-amerikanische Recht Weinberg im Rahmen der von ihm vertretenen *Economic Analysis*, vgl. Weinberg, *Sales Law, Economics and the Negotiability of Goods*, J. Leg. Studies (1980), S. 569 - 592.

12) Anners, *Hand wahre Hand*, S. 216.

Warenumlauf gelähmt, wird vielfach überbewertet¹³⁾.

In der Praxis zeigt sich, daß selbst in denjenigen Bereichen, in denen am häufigsten Diebesgut kursiert, etwa auf dem Gebrauchtwagensektor, die Lösung des BGB das Geschäft nicht beeinträchtigt¹⁴⁾. Jedenfalls wird sich kaum die These vertreten lassen, daß in Frankreich oder Italien auf Grund einer erwerberfreundlicheren Gutglaubensschutzregelung prozentual mehr gestohlene Gebrauchtwagen in Verkehr sind.

Wenn die faktischen Auswirkungen der vorgenommenen Differenzierung auf die Rechtswirklichkeit aber so gering sind, kommt es um so mehr darauf an, einen geeigneten Kompromiß zu finden, um zu einem angemessenen Interessenausgleich zu kommen.

Hierzu kann die Verkürzung der Ersitzungszeit auf eine Frist von fünf Jahren beitragen. Dabei sollte aber im Sinne einer möglichst raschen endgültigen ding-

13) vgl. Siehr, ZVglR 80 (1981), S. 273, 289

14) Hilfreich kann in diesem Zusammenhang die Einführung von Gebrauchtwarenbüchern sein, wie sie heute schon in einigen Teilen Deutschlands durch Landesrecht bestimmt ist. In diesen Gebrauchtwarenbüchern müssen die einzelnen Verkaufsgeschäfte unter Angabe von Name und Wohnung des Käufers eingetragen werden, vgl. BGH WM 1982, S. 749 ff. Den guten Glauben des Erwerbers und einen Gutglaubenserwerb beeinflussen derartige Gebrauchtwarenbücher zunächst nicht, sie ermöglichen dem Einsicht nehmenden Alteigentümer jedoch, die Sache aufzufinden und gemäß § 985 BGB gegen den Erwerber vorzugehen. Die Eintragung der verkauften Sachen in Gebrauchtwarenbücher kann auf diese Weise mithelfen, die Verkehrsfähigkeit von Diebesgut einzuschränken. Darüber hinaus kann ein solches Gebrauchtwarenbuch hilfreich sein, um dem Alteigentümer die Ausübung eines ihm etwa gewährten Lösungsrechts zu ermöglichen.

lichen Zuordnung die Fünfjahresfrist nicht als Ersitzungszeit sondern als Präklusionsfrist vom Zeitpunkt des Diebstahls an gerechnet werden. Die Regelung des § 937 BGB ist dementsprechend de lege ferenda umzuformen ¹⁵⁾.

15) siehe oben Seite 181

Ein erneutes Ingangsetzen der Frist durch Besitzwechsel wie nach der jetzigen Lösung wäre dann ausgeschlossen; siehe auch Stillschweig, aaO., S. 129

F. Geldentschädigung des Erwerbers?

Zur rechtspolitischen Bewertung des Lösungsrechts

I. Diskussion über die Einführung eines Lösungsrechts bei Schöpfung des BGB

Das Institut eines Lösungsrechts ist mit der Entstehung der Gutgläubensschutzvorschriften von Anfang an eng verknüpft ¹⁾. Es hat dabei im Laufe der Zeit einen Funktionswandel erfahren. Diente es im gemeinen Recht in Form des Marktkaufprivilegs allein dazu, den Handel auf Markt- und Messeplätzen zu fördern, so wird diese Funktion später mehr und mehr auf eine Privilegierung des Umsatzbereichs verlagert.

Die neuesten Tendenzen gehen in die Richtung, das Lösungsrecht von sämtlichem geschichtlichen Ballast zu befreien ²⁾. Hauptfunktion wird die Berücksichtigung des Affektionsinteresses, während die Kaufumstände unter Umständen als Anspruchsvoraussetzungen für einen gutgläubigen Erwerb, nicht aber für die Gewährung des Lösungsrechts von Bedeutung sein sollen.

Das französische Recht befindet sich im zweiten Stadium dieses Funktionswandels. Das Lösungsrecht des Art. 2280 C.c. dient vor allem dem Zweck, den Erwerbsschutz zu verstärken, und zwar dadurch, daß in Kombination mit der Gewährung eines Lösungsrechts der Gutgläubenserwerb auch an verlorenen und gestohlenen Sachen bei Vorliegen

1) vgl. Motive Bd. III, S. 341, 342: "Das preußische und das sächsische Recht stehen im allgemeinen auf dem gemeinrechtlichen Standpunkt. Doch wird im preußischen und sächsischen Recht sowie dem Zür.-G.B. das gemeinrechtliche Prinzip dadurch modifiziert, daß dem redlichen Erwerber Lösungsansprüche in weiterem oder geringerem Umfange gegeben werden Pr. ALR I, 15 §§ 24 - 26, sächs. GB § 315, Zür. G.B. § 654; vgl. auch bayr. Entw. III Art. 171, hess. Entw. II 3 Art. 8"

2) so im holländischen und im skandinavischen Neuentwurf, siehe oben Seite 273, Fußnote 2, Seite 274, Fußnote 3

privilegierter Kaufumstände ermöglicht wird. Der Gedanke, die Folgen des Eigentumsverlusts für den Alteigentümer abzumildern, tritt in den Hintergrund, denn das Lösungsrecht wird nur dort gewährt, wo normalerweise kein Affektionsinteresse geltend gemacht werden kann, nämlich im Umsatzbereich.

Aus der Entwicklungsgeschichte des BGB läßt sich unschwer entnehmen, daß zunächst ein Lösungsrecht vorgesehen war, um die stark auseinanderfallende Wertung beim Erwerb von anvertrauten und abhandengekommenen Sachen, wie sie die §§ 932 ff. sowie 935 und 937 BGB normieren, abzumildern:

Dieses Lösungsrecht sollte, ähnlich wie das Lösungsrecht in Art. 2280 C.c., den Erwerbsschutz verstärken, indem über die Gewährung eines Lösungsrechts der Erwerber einer abhandengekommenen Sache materiell dem Erwerber einer anvertrauten Sache gleichgestellt wurde.

Dies ergibt sich aus den Überlegungen, die in den Motiven ³⁾ zur Ersitzung angestellt wurden. Man wollte die Ersitzung klar von Verjährungsvorschriften trennen und lehnte eine Praeclusionsfrist, das heißt ein "délai de déchéance" aus diesem Grund ab. Wörtlich heißt es dann weiter:

"Die Beibehaltung einer kürzeren ordentlichen Ersitzung für gestohlene und verlorene Sachen wird einerseits durch die Rücksicht auf den bisherigen Eigentümer müßlich, und andererseits durch die Rücksicht auf den Erwerber nicht erfordert, zumal die Interessen des Letzteren durch den ihm zustehenden Lösungsanspruch genügend geschützt sind."

3) Motive Bd. III, S. 351

Im ersten Entwurf vom BGB § 929 ff. war noch ein Lösungsrecht vorgesehen, und zwar in § 879 Satz 2 des Entwurfs, der dem heutigen § 935 BGB entspricht und diesen abschwächen sollte. In den Motiven ist wörtlich ausgeführt, daß:

"das moderne Recht nicht geneigt ist, dem Eigentümer die Verfolgung der ihm abhandengekommenen Sache gänzlich abzuschneiden, eine Versöhnung aber über das Lösungsrecht herbeiführt." 4)

Diese Wertung wurde dann mit der Einführung von §§ 932 ff. und 937 BGB unter Wegfall des Lösungsrechts aufgegeben und in ihrem Kerngehalt erheblich verändert, mit der Folge einer sehr weit auseinanderfallenden Regelung von anvertrauten und abhandengekommenen Sachen. Bedenken gegen das Lösungsrecht wurden im Rahmen der damaligen Diskussion vor allem deshalb laut, weil das Lösungsrecht dem Erwerber in der Regel keinen ausreichenden Schutz biete. Es sei daher nur in Ausnahmen zuzulassen ⁵⁾. Es ist erstaunlich, daß weder dem Affektonsinteresse besondere Bedeutung geschenkt wurde, noch dem Umstand, daß der Alteigentümer nur im Ausnahmefall sein Lösungsrecht geltend machen wird. Ebenso wenig findet sich ein Hinweis darauf, daß der Erwerber bei Einführung des Lösungsrechts letztlich weitgehend voll abgesicherten materiellen Erwerbsschutz hat, da er den Gegenwert der Sache auf alle Fälle behalten kann.

II. Heutiger Meinungsstand

In neueren Abhandlungen zum Gutgläubenserwerb finden sich unterschiedliche Auffassungen zum Lösungsrecht, so setzt sich Hübner ⁶⁾ zunächst in Einzelheiten mit den verschie-

4) Motive Bd. III, S. 348

5) Motive Bd. III, S. 344 ff.; vgl. EGBGB 94 II als heute noch bestehende Ausnahmeregelung auf Länderebene

6) Hübner, Rechtsverlust, aaO., S. 133

denen Ausgestaltungsmöglichkeiten eines Lösungsrechts auseinander. Das Lösungsrecht stellt für ihn eine Mischform dar, die sachenrechtliche Zuordnungsfunktionen mit schuldrechtlichen Ausgleichselementen verbindet und folgende sich gegenseitig ausschließende rechtliche Ausgestaltungsmöglichkeiten eröffnet:

1. Das Recht zur Lösung auf Seiten des Alteigentümer bei grundsätzlichem Eigentumsübergang auf den Erwerber guten Glaubens.
2. Ein "Ius offerendi" für den Erwerber, d. h. gutgläubiger Erwerb des Erwerbers, wobei dieser dem Eigentümer die Rückübereignung der Sache gegen Zahlung des von ihm aufgewandten Kaufpreises anbieten kann.
3. Die Pflicht zur Lösung bei bestehendem Herausgabeanspruch gegen den Dritten, d.h. rei vindicatio, kein Gutglaubenserwerb, aber Pflicht zur Rückerstattung.

Die Regelung des C.c. entspricht hierbei dem 3. Ansatz. Art. 2280 C.c. gewährt nach ständiger Rechtsprechung dem Käufer einer abhandengekommenen Sache nur ein Zurückbehaltungsrecht. Zug um Zug gegen Erstattung des Kaufpreises muß er die Sache an den Eigentümer herausgeben.

Hübner sieht im wesentlichen zwei Wege für die Einführung eines Lösungsrechts:

1. Es wird generell ein Lösungsrecht für alle Fälle des gutgläubigen Erwerbs normiert.
2. Es wird ein Lösungsrecht normiert, das wie im C.c. und verwandten Rechtsordnungen zu einer Aufhebung der Differenzierung bei bestimmten Umsatzgeschäften führt.

Ein generelles Lösungsrecht lehnt Hübner ab, weil es im Falle des unfreiwilligen Besitzverlustes, insbesondere bei Raub und Diebstahl, zu untragbaren Ergebnissen führe. Ein Lösungsrecht bei bestimmten Umsatzgeschäften lehnt Hübner ab, weil die Umsatzqualität beziehungsweise der Warencharakter nicht zur Folge haben könne, den von ihm vertretenen Verantwortlichkeitsgrundsatz völlig fallen zu lassen.

Habe der Eigentümer persönliche Bindungen zur Sache, so würde das Ergebnis infolge der Werterstattungsspflicht trotz Rückgewähr der Sachsubstanz vielfach wirtschaftlich einer Expropriation nahekommen, für die eine innere Begründung fehle ⁷⁾.

Hübner sieht in der Einführung eines Lösungsrechts die Gefahr, daß lediglich eine Verlagerung aus der Sphäre des Rechtsverlustes in die Sphäre des Wertverlustes bei Erhalt der Sachsubstanz erfolge. Die durch ein Lösungsrecht für den Eigentümer ermöglichte Erhaltung der Sachsubstanz ist ihm weniger wichtig als die Tatsache, daß durch die Gewährung eines Lösungsrechts ein materieller Verlust auf Seiten des Eigentümers eintritt. Ihm geht es vor allem darum zu verhindern, daß nicht über den Umweg des Lösungsrechts entweder für alle oder für einen Teil der Fälle des Gutgläubenserwerbs die Unterscheidung von freiwilligem Besitzverlust verwischt und die von ihm vertretene Maxime einer gerechtfertigten Zurechnung des Eigentumsverlustes auf den Eigentümer aufgegeben wird. Eine dem Art. 2280 C.c. entsprechende Lösung lehnt er demnach scharf ab. Bei zurechenbarem Besitzverlust soll der Alteigentümer nach Hübners Auffassung jedoch endgültig jede rechtliche Möglichkeit verlieren, die Sache zurückzuerlangen, wenn guter Glaube auf Seiten des Erwerbers vorliegt.

7) Hübner, aaO., S. 144

Damit stellt sich Hübner in krassen Gegensatz zu Süß ⁸⁾, den an der Regelung des BGB vor allem stört, daß dem enteigneten Alteigentümer gegen den neuen Eigentümer kein Ersatzanspruch in irgendeiner Form zusteht.

Brandt ⁹⁾ fordert ein Lösungsrecht und hält gleichzeitig an der Unterscheidung zwischen anvertrauten und gestohlenen Sachen fest. Dieses Lösungsrecht will er gerade im Gegensatz zu einer dem Art. 2280 C.c. entsprechenden Regelung, nur im Individualbereich gewähren, mißt also allein dem Affektionsgedanken Bedeutung zu. Brandt löst sich demnach gänzlich vom Gedanken eines erweiterten Marktprivilegs.

Noch weiter geht v. Lübtow, der immer dann ausnahmsweise ein Lösungsrecht gewähren will, wenn der Eigentümer ein spezielles berechtigten Interesse an der Wiedererlangung gerade dieser Sache nachweist, einerlei, ob sie gestohlen oder unterschlagen worden ist. v. Lübtow betont den Ausnahmecharakter eines derartigen Lösungsrechts, hinter dem alle übrigen Wertungen zurückzustehen haben. Allerdings will v. Lübtow im übrigen den Gutglaubensschutz auf eine Verkürzung der Ersitzung reduzieren und im übrigen die rei vindicatio mit Ausnahme der in § 935 II BGB geregelten Fälle, immer zulassen ¹⁰⁾.

8) Süß, Die Regelung der §§ 932 ff. BGB., aaO., S. 37

9) Brandt, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, S. 274; Brandt geht wie wieacker im Rahmen dieser Abgrenzung von der Umsatz- beziehungsweise Individualqualität der Güter aus. Der Sachcharakter ist also entscheidender als die Kaufumstände.

10) v. Lübtow, Hand wahre Hand, aaO., S. 232, 232; in Anlehnung an v. Lübtows Lösungsansatz beschränkt der neue Code civil für die Provinz Quebec den Gutglaubensschutz auf eine dreijährige Ersitzungsfrist, jedoch ohne Gewährung eines Lösungsrechts, vgl. Siehr, ZVglR 80 (1981), S. 273, 281

Interessante Überlegungen, die sich gut in die bisher gefundenen Ergebnisse einfügen, hat Piotet ¹¹⁾ angestellt. Piotet greift im Zusammenhang mit der Rechtfertigung des gutgläubigen Erwerbs das Argument der "responsabilité sans faute", der Gefährdungshaftung, auf. Grundsätzlich will Piotet an der rei vindicatio festhalten, da er keine Rechtfertigung für den Gutglaubensschutz für tragfähig hält. Piotet will aber den Alteigentümer aus Gesichtspunkten der Gefährdungshaftung zum Schadensersatz verpflichten, wenn er sein Revindikationsrecht ausübt. Der Gedanke des Lösungsrechts wird mit haftungsrechtlichen Erwägungen verbunden. Oben ¹²⁾ wurde vorgeschlagen, ein Abhandenkommen im Sinne des § 935 BGB immer dann zu verneinen, wenn der Alteigentümer einen kausalen Beitrag zum Besitzverlust geleistet hat ¹³⁾. Piotet argumentiert ähnlich, wenn er auf eine "responsabilité sans faute" abstellt. Bei seinem Lösungsvorschlag ist letztlich entscheidend, ob der Alteigentümer wegen eines kausalen Beitrags zum Besitzverlust "haftbar zu machen ist", wenn er die Sache zurückfordert. Allerdings steht bei Piotet eindeutig der Gedanke der Schadenszurechnung, nicht das Interesse des Alteigentümers an der Wiedererlangung im Vordergrund. Dies gilt auch für die Regelung des Art. 2280 C.c., bei der das Affektionsinteresse lediglich als "Nebenprodukt" der Regelung Berücksichtigung findet.

11) Piotet, Schweizer JZ 1959, S. 285 ff.

12) siehe oben Seite 266

13) also genau das Gegenteil dessen, was in Österreich gilt, wo immer "positives" Anvertrauen erforderlich ist; vgl. Klang § 367 ABGB Rn. 3
hierzu auch Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände. S. 181

III. Eigener Vorschlag

Bisher ist die Frage, ob nicht grundsätzlich die rei vindicatio von Diebesgut für einen gewissen Zeitraum gestattet und dennoch ein Lösungsrecht im Fall dargelegten Affektionsinteresses gewährt werden soll, mit Ausnahme von Brandt ¹⁴⁾, so gut wie nicht diskutiert worden. Die Diskussion wird stark von der Frage nach der Berechtigung einer Privilegierung des Umsatzbereichs durch ein Lösungsrecht und der damit verbundenen faktischen Aufhebung der Differenzierung von anvertrauten und abhandengekommenen Sachen geprägt.

Die Gewährung eines Lösungsrechts ist gut mit den als richtig erkannten rechtspolitischen Tendenzen vereinbar, dem Verkehrsschutzgedanken größeres Gewicht beizumessen:

Wenn man diesem einen höheren Stellenwert zuerkennen will, hat dies zwangsläufig zur Folge, daß Fälle, in denen es unbillig erscheint, dem Eigentümer den Zugriff auf die Sachsubstanz zu verwehren, häufiger werden. Dies mögen zwar immer noch Ausnahmefälle bleiben, trotzdem und gerade deshalb bieten sie sich als sinnvolles Korrektiv für die Berücksichtigung der Interessen des Alteigentümers an. Wünschenswert ist daher eine gesetzliche Regelung, die einerseits das Verkehrsinteresse angemessen berücksichtigt und bei dargelegtem Affektionsinteresse durchgehend ein Lösungsrecht gewährt.

Entweder besitzt eine Sache für den Alteigentümer Affektionswert oder nicht und zwar völlig unabhängig von den Kaufumständen sowie von der Frage, ob ihm

14) siehe oben Seite 287, Fußnote 9)

die Sache abhandengekommen ist oder er sie dem nicht-berechtigt Verfügenden anvertraute. Hinzukommt, daß die Kaufumstände, unter denen der letzte Erwerber die Sache erworben hat, völlig unterschiedlich von denen sein können, unter denen die Besitzaufgabe des Alteigentümers erfolgte, etwa dann, wenn die Mobilie mehrmals veräußert wurde. Die Frage, ob ein Erwerb im Umsatzbereich beim letzten Erwerber vorliegen muß oder ob das einmalige Tangieren des Umsatzbereichs ausreicht, würde sich bei einem generell gewährten Lösungsrecht ebenfalls nicht stellen. Ebenso wenig die Frage, in welchem Maße die Voraussetzungen an die privilegierenden Kaufumstände objektiv oder subjektiv zu bestimmen sind¹⁵⁾.

Im Ergebnis ist daher die Wiedereinführung des Lösungsrechts durchgehend in allen Fallgestaltungen zu befürworten, in denen gutgläubiger Erwerb zugelassen wird. Dabei sollte das Lösungsrecht dinglich gemäß der 1. Alt. auf Seite 285 ausgestaltet werden, nämlich als Recht des Alteigentümers zur Auslösung bei grundsätzlichem Eigentumsübergang auf den gutgläubigen Erwerber. Nur bei einer derartigen Ausgestaltung ist eine eindeutige Zuordnung in den Fällen gewährleistet, die den Regelatbestand darstellen, die Fälle nämlich, in denen der Alteigentümer vom Lösungsrecht nicht Gebrauch macht.

Eine Kritik am Lösungsrecht ist nur dort berechtigt, wo sich noch Reste des Marktprivileggedankens als Relikt einer anderen Rechtswirklichkeit feststellen lassen. Dieses Relikt hatte bereits das Preußische Allgemeine Landrecht abgestreift, indem es die Unterscheidung von anvertraut und abhandengekommen gänzlich aufgab. Ein Lösungsrecht versagte das ALR nur bei den Mobilien, die

15) siehe oben Seite 161

nach geltendem Recht § 935 II BGB unterfallen sowie bei Gildekaufleuten, also einem dem "marchand vendant des choses pareilles" entsprechenden Personenkreis. Sonst mußte nur gegen Zahlung des Kaufpreises herausgegeben werden ¹⁶⁾. Es wurde also gerade nicht in dem von Art. 2280 C.c. gesteckten Rahmen gewährt. Das Lösungsrecht sollte nur im Individualbereich Geltung haben, weil in diesem Bereich Argumentes des Affektionsinteresses weit schwerer wiegen.

Das ALR wie auch der holländische Neuentwurf ¹⁷⁾, der ebenfalls in Verbindung mit der Gewährung eines Lösungsrechts den Gutgläubenserwerb uneingeschränkt bei abhandengekommenen Sachen gestattet, vernachlässigen jedoch die meines Erachtens nach wie vor sinnvolle Zielsetzung, den Umlauf von Diebesgut einzuschränken, indem die rei vindicatio von gestohlenen Sachen aufrechterhalten bleibt.

Will man den Markt mit gestohlenen Sachen wirksam eingrenzen, muß man aber die rei vindicatio von Diebesgut, unabhängig von der Art des Geschäftes, aufrechterhalten. Diebesgut wird nicht nur im Individualbereich, sondern in großer Zahl auch im Umsatzbereich, verschoben. Eine Erleichterung des Gutgläubenserwerbs von Diebesgut über ein generell gewährten Lösungsrecht, das den Erwerber materiell voll absichert, ist daher abzulehnen. Dasselbe gilt für eine dem Art. 2280 C.c. entsprechende Regelung, die zur Folge hat, daß Diebesgut jederzeit bewußt verkehrsfähig gemacht werden kann, indem es vom Dieb in den Umsatzbereich verschoben wird. Dies hatte bereits den holländischen Gesetzgeber in der alten Fassung des BWB dazu bewogen, vom Begriff des "marchand

16) siehe oben Seite 282, Fußnote 1)
vgl. v. Lübtow, Hand wahre Hand, aaO., S. 206

17) siehe oben Seite 274, Fußnote 3)

vendant des choses pareilles" abzurücken¹⁸⁾. Der Marktprivilegsgedanke in seiner modifizierten Form, wie ihn das französische Recht normiert, steht daher in völligem Gegensatz zu dem rechtspolitischen Ziel, den Umlauf von Diebesgut einzuschränken. Dieses Ziel ist dem Verkehrsinteresse geopfert worden, genau wie dies im italienischen und im holländischen Recht der Fall ist. Allein der schwedische Neuentwurf entspricht dem hier vertretenen Lösungsansatz, indem er generell ein Lösungsrecht bei dargelegtem Affektonsinteresse gewährt, den Gutgläubenserwerb von Diebesgut jedoch über gesteigerte Nachforschungspflichten einzuschränken versucht. Gegen den hier vertretenen Ansatz kann man zwar einwenden, man könne einer Sache nicht ansehen, ob sie abhandengekommen ist.

Diese Kritik ist berechtigt, übersieht jedoch, daß der Verkehrsschutzgedanke durchaus seine Grenzen beim Erwerb von Diebesgut finden kann. Nach Ablauf der verkürzten Ersitzungszeit von fünf Jahren können dann gutgläubig auch gestohlene Sachen erworben werden, wobei wie bei der geltenden Bestimmung des § 937 BGB Argumente der endgültigen dinglichen Zuordnung den Ausschlag geben, der Verkehrsschutzgedanke in eingeschränkter Form aber ebenfalls Berücksichtigung erfährt.

Im Ergebnis ist bisher festzuhalten, daß ein Lösungsrecht mit Ausnahme von Diebesgut generell zu gewähren ist und zwar dergestalt, daß der Eigentümer die rei vindicatio nur Zug um Zug gegen Erstattung eines Lösungsbetrages ausüben kann.

18) vgl. Art. 2014, 637 Burgerlijk Wetboek;
Eine entsprechende Regelung, die bewußt Art. 2280
C.c. nicht übernimmt, findet sich auch in Art.
1865, 687, 708 des italienischen Codice civile
vor 1942.

Bei der Frage der Höhe des für die Auslösung aufzuwendenden Geldbetrages sind mehrere Gestaltungsmöglichkeiten denkbar:

Zunächst kann man, wie der französische Gesetzgeber, an den Kaufpreis der Sache anknüpfen, also an das negative Interesse. Dies führt dazu, daß im Fall von Wertsteigerungen der Sache der Erwerber bei Auslösung materiell nicht völlig abgesichert ist. Er muß sich bezüglich des positiven Interesses an seinen Vormann halten ¹⁹⁾. Auch kann der Fall eintreten, daß ein Alteigentümer nicht nur aus Gründen des Affektionsinteresses vom Lösungsrecht Gebrauch macht, sondern von einer Wertsteigerung profitieren möchte ²⁰⁾. Will man also einerseits vollen materiellen Schutz auf Seiten des gutgläubigen Erwerbers und mißt andererseits dem dargelegten Affektionsinteresse verstärkte Bedeutung bei, muß man dem Erwerber vollständigen Wertersatz gewähren. So würde man zusätzlich sicherstellen, daß von dem Lösungsrecht wirklich nur im Fall besonderer Affektion Gebrauch gemacht wird ²¹⁾.

19) So löst der französische Gesetzgeber, indem er dem Erwerber im Falle der Werterhöhung einen Anspruch aus Garantiehaftung gegen den Vormann gem. Art. 1626 C.c. gewährt;

siehe oben Seite 163, Fußnote 119) a. E.

20) vgl. Art. 3.4.2.3a Abs. 1 N.B.W., der dem Alteigentümer ein befristetes Wahlrecht zwischen Auslösung zum Kaufpreis und vollem Schadensersatz gegen Dieb oder nichtberechtigt Verfügenden einräumt, also auch das Recht, zu Lasten des Erwerbers von einer Wertsteigerung zu profitieren.

21) Siehr, Der gutgläubige Erwerb beweglicher Sachen, aaO., S. 287, 288, vertritt demgegenüber den Standpunkt, der Vertrauensschutz dürfe nie über das negative Interesse hinausgehen. Daher sei dringend zu empfehlen, bei einem Lösungsrecht stets an den Kaufpreis als Obergrenze des negativen Interesses anzuknüpfen. Siehr möchte den Verkehrsschutz nicht bis zur endgültigen materiellen Absicherung des Erwerbers ausdehnen.

Stillschweig löst sich von der Anknüpfung an den Kaufpreis oder Sachwert. Er möchte dem gutgläubigen Erwerber, "dem doch der Vindikant die Möglichkeit der Rück-erlangung zu verdanken hat ..., ähnlich dem Finder, eine angemessene Belohnung in Gestalt Aufwendersatzes zuteil werden lassen" ²²⁾. Er führt aus, es sei unbillig, daß der Erwerber einer abhandengekommenen Sache diese an den Alteigentümer herausgeben müsse, ohne in irgendeiner Form entschädigt zu werden. Der Alteigentümer erhalte bei abhandengekommenen Sachen zufällig die Möglichkeit der Rückerlangung, wobei er dieselbe Sache ohne das Merkmal des Abhandenkommens für immer verloren hätte.

Der Ansatzpunkt Stillschweigs ist nicht vom Gesichtspunkt des Affektionsinteresses bestimmt, auch nicht von Gedanken des Marktkaufprivilegs. Ihm geht es allein darum, eine Entschädigungsregelung zu finden, die die Interessen beider Parteien angemessen berücksichtigt, wenn abhandengekommene Mobilien revindiziert werden.

Dieser Gedanke ist in genau der von Stillschweig vertretenen Form in das argentinische Zivilgesetzbuch eingeflossen. Zusätzlich zu einer dem Art. 2280 C.c. entsprechenden Regelung ²³⁾ wird hier ein Entschädigungsanspruch dann gewährt, wenn der Eigentümer die Wiedererlangung seiner Sache dem gutgläubigen Erwerber

22) Stillschweig, Der Schutz des redlichen Erwerbers, S. 130

23) vgl. Art. 3214, 2768 cod. civ. arg. mit den privilegierenden Kaufumständen "venta publica, casa de venta de objetos semejantes, individuo que acostumbraba vender cosas semejantes".

zu verdanken hat ²⁴⁾. Es handelt sich um eine "compensacion por el servicio", um einen Aufwendersatz ²⁵⁾. Das argentinische Recht stellt eine dem Art. 2280 C.c. entsprechende Regelung und einen Entschädigungsanspruch im Individualbereich nebeneinander. An das Vorliegen eines Affektionsinteresses des Alteigentümers wird nur nachrangig angeknüpft. Der Entschädigungsanspruch dient dazu, den gutgläubigen Käufer von Diebesgut im Individualbereich wenigstens teilweise materiell abzusichern, wenn er Kaufumstände, die ihm ein uneingeschränktes Lösungsrecht gewähren würden, nicht darlegen kann.

Es spricht im Hinblick auf die bisher gewonnenen Ergebnisse viel dafür, sich mit dem Gedanken einer billigen Entschädigung in Geld für den Fall, daß Diebesgut revindiziert wird, näher zu befassen. Wenn man, wie hier vertreten, die rei vindicatio von Diebesgut zulassen will, sollte man über eine billige Entschädigung in Geld nachdenken, da man auf diese Weise dem Umlauf von Diebesgut entgegentreten könnte, ohne dem Erwerber von Diebesgut das volle materielle Risiko aufzubürden.

Weder Stillschweig noch der argentinische Lösungsansatz haben sich näher mit den verschiedenen Ausgestaltungsmöglichkeiten auseinandergesetzt, die bei der dinglichen Einordnung eines solchen Entschädigungs-

24) Art. 2422 cod. civ. arg.: "Sucediendo la reivindicación de la cosa, el poseedor de buena fe no puede reclamar lo que haya pagado a su cedente por la adquisición de ella, pero el qui por un título oneroso y buena fe ha adquirido una cosa perteneciente a otro, que el propietario hubiera difícilmente recuperado sin esta circunstancia puede reclamar una indemnización proporcionada".

25) De Vidal, Regimen juridico de las cosas muebles, S. 47

anspruchs denkbar sind ²⁶⁾. Da nicht wie beim Lösungsrecht das Affektionsinteresse und somit die Sachsubstanz für den revindizierenden Eigentümer im Vordergrund steht, kommt es in erster Linie darauf an, den Schaden interessengerecht zu verteilen. Die dingliche Zuordnung erscheint zweitrangig, solange nicht das Affektionsinteresse des Eigentümers zusätzlich berücksichtigt werden muß. Im Sinne einer klaren Regelung, vor allem einer endgültigen dinglichen Zuordnung, sollte daher grundsätzlich dem Alteigentümer die rei vindicatio zustehen, jedoch dem Erwerber die Möglichkeit gegeben werden, diese gegen Zahlung abzuwenden. Man könnte hierbei, aus Gründen der Praktikabilität, die Entschädigungssumme generell auf die Hälfte des Zeitwertes festsetzen ²⁷⁾. Der Alteigentümer müßte demnach bei Ausübung der rei vindicatio einer gestohlenen Sache die Hälfte dessen aufwenden, was er hätte aufwenden müssen, wenn die Sache nicht gestohlen worden wäre. Eine andere Möglichkeit wäre, pauschal einen Aufwendungsersatz in halber Kaufpreishöhe zuzugestehen, wodurch die Abwicklung unter Umständen weiter erleichtert würde.

Argumente gegen die hier vertretene Form einer Schadensteilung ²⁸⁾ können meines Erachtens nicht durchgreifen. Die Schadensteilung soll nicht jeden Gut-

26) siehe oben Seite 285

27) vgl. Stricker, Die abhandengekommene Sache, Diss. 1954, S. 42 ff., der sich generell für Schadensteilung ausspricht. Im englischen Recht ist die Lösung einer Schadensteilung diskutiert, dann aber aus Gründen der Rechtssicherheit verworfen worden, vgl. Siehr, ZVglR 80 (1981), S. 273, 287, der auf Lord Devlin als Befürworter der Schadensteilung Bezug nimmt.

28) vgl. v. Lübtow, Hand wahre Hand, aaO., S. 229; Brandt, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, S. 268

glaubenserwerb berühren, dies wäre in der Tat aus prozeßökonomischen Gründen unhaltbar, sondern nur die rei vindicatio von Diebesgut. Auch der holländische Neuentwurf befürwortet die Schadensteilung im Ausnahmefall des unentgeltlichen Erwerbs²⁹⁾. Im übrigen wird der Dieb oft nicht auffindbar sein³⁰⁾, so daß ein doppelter Rückgriff von Eigentümer und Erwerber ausscheiden muß.

IV. Zusammenfassung

Im Ergebnis sind folgende Änderungsvorschläge festzuhalten:

1. Ein Lösungsrecht, um dem Affektionsinteresse des Alteigentümers Rechnung zu tragen, ohne daß der Erwerber eine materielle Einbuße erfährt, ist grundsätzlich in allen Fällen zu gewähren, in denen gutgläubiger Erwerb vorliegt. Um eine endgültige dingliche Zuordnung in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle zu gewährleisten, soll das Lösungsrecht in der Form ausgestaltet werden, daß der Erwerber auf Grund guten Glaubens zunächst Eigentümer wird, bei Inanspruchnahme des Lösungsrechts durch den Alteigentümer jedoch zur Herausgabe gegen Erstattung des Sachwertes verpflichtet ist.

29) siehe oben Seite 169, Fußnote 30 a. E.

30) Dem Argument mangelnder Auffindbarkeit des Diebes wird oft zu wenig Bedeutung geschenkt. So zum Beispiel bei der Beurteilung des englischen Rechts, das die rei vindicatio von Diebesgut zwar aufrechterhält, dies aber nur dann, wenn der Dieb strafrechtlich verurteilt wurde, section 22 SGA, siehe oben Seite 48. Bei Nichtauffinden des Diebes stellt sich die Lösung somit völlig anders dar als dies dogmatisch zunächst den Anschein hat; vgl. aber Mazeaud und Weill, wie oben Seite 192, Fußnote 23, die diesem Punkt Beachtung schenken.

Ein Blick auf die Regelung des § 816 I S. 2 BGB zeigt, daß durchaus eine derartige Verknüpfung von schuldrechtlichem Herausgabeanspruch und gutgläubigem Erwerb denkbar ist, wobei dem Alteigentümer die rei vindicatio nicht gewährt wird. Der Herausgabeanspruch kann nur bei glaubhaft nachgewiesenem Affektionsinteresse des Alteigentümers durchgreifen.

2. Der gutgläubige Erwerb bei gestohlenen und durch höhere Gewalt verlorenen Sachen ist auszuschließen. Insoweit ist der Begriff des "Abhandenkommens" zu begrenzen. Der schuldlos Anvertrauende steht nach dieser Regelung nicht schlechter als der fahrlässige Verlierer ³¹⁾.
3. Bei abhandengekommenen Sachen steht dem Eigentümer zwar immer die rei vindicatio zu, jedoch hat er dem Erwerber die Hälfte des Zeitwertes zu erstatten. Verzichtet er auf die rei vindicatio, muß der Erwerber dem Alteigentümer die Hälfte des Zeitwertes erstatten.
4. Die Ersitzungszeit gemäß § 937 BGB ist auf fünf Jahre zu verkürzen und als Praeclusionsfrist auf den Zeitpunkt des Besitzentzuges durch Diebstahl oder höhere Gewalt auszugestalten. Auf diese Weise wird ein zu starkes Auseinanderfallen der Ergebnisse von anvertrauten und abhandengekommenen Sachen vermieden und der Verkehrsschutz nicht völlig vernachlässigt.

31) Zu dieser Wertung eingehend der niederländische Regierungsentwurf vom 4. Nov. 1954 Art. 3.4.2.3a. In den Niederlanden hatte man vor Aufgabe der Differenzierung von anvertraut und abhandengekommen die rei vindicatio bei fahrlässigem Besitzverlust auszuschließen versucht und sich eingehend mit der Nachlässigkeitswertung auseinandergesetzt. vgl. auch v. Lübtow, Hand wahre Hand, aaO., S. 221; Zweigert, RabelsZ 23 (1958), S. 12

Bei Sachen, an denen aus historischen und kulturellen Gründen ein öffentliches Interesse besteht, sollte die rei vindicatio unabhängig von der Art und Weise des Besitzverlustes grundsätzlich gewährt werden ³²⁾. Auch ist es bei solchen Sachen verfrüht, bereits nach fünf Jahren eine endgültige dingliche Zuordnung vorzunehmen.

Der Gutglaubensschutz hat bei Sachen von öffentlichem Interesse zurückzustehen und ist mit Verkehrsschutz-erwägungen nicht zu rechtfertigen. Hier geht das Interesse der Allgemeinheit dem Individualinteresse vor.

Einen Entschädigungsanspruch bei gutem Glauben sollte man jedoch gerade in diesem Bereich gewähren ³³⁾, da der Erwerber mit zunehmendem Zeitablauf zusätzlich materiellen Schutz verdient. Allerdings werden auch die Anforderungen an den guten Glauben in diesen Fällen auch sehr hoch anzusetzen sein.

32) vgl. auch die internationalen Initiativen in dieser Richtung, zum Beispiel das UNESCO-Übereinkommen vom 14. Nov. 1970 über die Maßnahmen zum Verbot und zur Verhütung der unzulässigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut, in: United Nations Treaty Series Bd. 823, S. 231 (Nr. 11806). Strenge Ausfuhrbestimmungen haben allerdings häufig den Nebeneffekt, Piraterie und Schmuggel zu begünstigen.

33) vgl. v. Lübtow, Hand wahre Hard, aaO., S. 231; siehe auch oben Seite 114, 115; hier, wo es ganz entscheidend auf den ideellen Wert der Sache ankommt, gewährt auch das französische Recht ein Lösungsrecht, und zwar unabhängig von den Kaufumständen und der Art des Besitzverlustes. Im übrigen sind der Vorschlag v. Lübtows und die Regelung des "Loi sur les monuments historiques" deckungsgleich, da beide dem Revindizieren den Rückgriffsanspruch gegen den Erstverkäufer beziehungsweise Vormann in Höhe des Lösungsanspruchs zugestehen.

G. Gutgläubiger unentgeltlicher Erwerb ?

Auch stellt sich die Frage, ob es richtig ist, den gutgläubigen Erwerber, der unentgeltlich erworben hat, gänzlich vom Erwerbsschutz auszunehmen. Von einer Verkürzung der Ersitzungszeit würde er nicht profitieren. Im Gegenteil, eine stärkere Berücksichtigung des Verkehrsschutzgedankens bei gestohlenen Sachen würde die Position völliger Schutzlosigkeit, die der Erwerber innehat, noch stärker hervortreten lassen. Er würde weit schlechter stehen als der gutgläubige Erwerber abhandengekommener Sachen, da der lege lata § 816 I S. 2 BGB den Ersitzungsvorschriften vorgeht und die Herausgabe des Erlangten, das heißt die Herausgabe der Sache gemäß § 193 BGB dreißig Jahre lang möglich bliebe ³⁴⁾. Durch die Herausnahme der Regelung des unentgeltlichen Erwerbs aus dem Sachenrecht in das Bereicherungsrecht wird diese Wertung zunächst nicht sichtbar.

Ein Blick auf den C.c., der den Gutglaubensschutz nicht auf einen "titre onéreux" beschränkt, veranlaßt zum Nachdenken, obwohl der weitaus überwiegende Teil der Rechtsordnungen den unentgeltlichen Erwerb vom Gutglaubensschutz ausklammert ³⁶⁾. Allerdings beinhalten diese Rechtsordnungen auch nicht eine dem § 816 I S. 2 BGB entsprechende bereicherungsrechtliche Rückgriffslösung mit entsprechend langer Verjährungszeit. Der Ausgangspunkt, wer unentgeltlich erwerbe, verdiene keinen Schutz, ist in seinen weitgehenden Auswirkungen zumindest fraglich, ist doch zu bedenken, daß der Vormann unter Umständen vollen Erwerbsschutz genießen würde und ein zufälliger unentgeltlicher

34) vgl. Palandt-Heinrichs, vor § 937 BGB

35) so auch v. Lübnow, Hand wahre Hand, aaO., S. 237

36) siehe oben Seite 196, Fußnote 30

Erwerb des letzten Erwerbers die Position des Alt-eigentümers drastisch verbessert.

Eine bedenkenswerte Lösung enthält der niederländische Neuentwurf, der vom Gesichtspunkt der Schandensteilung ausgeht und einen Lösungsanspruch in halber Höhe gewährt ³⁷⁾. Hierbei gehen sämtliche Rechte gegen die Vormänner des unentgeltlichen Erwerbers bei Ausübung des Lösungsrechts auf den Alt-eigentümer über, eine Rückgriffsspaltung wird von vornherein ausgeschlossen ³⁸⁾.

Meines Erachtens ist eine Wertung allein auf Grund des dem Erwerber zukommenden Verkehrsschutzes vorzunehmen. Dieser ist bei unentgeltlichem Erwerb nicht hoch zu bewerten. Es ist daher gerechtfertigt, dem Eigentümer vor Ablauf dieser Frist die rei vindicatio zu gestatten. Der Erwerber verdient jedoch nach Ablauf der zu verkürzenden Ersitzungszeit von fünf Jahren endgültigen Schutz. Eine entsprechende Regelung ist aus dem Bereicherungsrecht in die gesetzlichen Vorschriften des Gutglaubenserwerb zu verlagern.

37) Langemeyer, l'avenir de l'article 2014 C.c.,
NJB 1958, S. 71 ff.

38) vgl. 3.4.2.3a des neuen Entwurfs.

H. Ergebnisse

Als ein entscheidendes Ergebnis der rechtsvergleichenden Betrachtung ist festzuhalten, daß die Dogmatik zu Besitz und Rechtsschein eine Korrektur in der Weise erfahren muß, daß mehr als bisher auf den Besitz auf Erwerberseite abzustellen ist.

Diesen Schritt haben Rechtsprechung und ein Teil der Lehre bisher durch die Lehre vom guten Glauben an die Besitzverschaffungsmacht bereits weitgehend vollzogen, versuchen aber nach wie vor, den Besitz auf Veräußererseite als tragenden Rechtsscheinstatbestand herauszustellen ¹⁾.

Ein Blick auf die Regelung des § 934 2. Alt. BGB sowie auf die im Rahmen des § 932 BGB entwickelte Lehre des gutgläubigen Erwerbs unter Einschaltung von Geheißpersonen ergab, daß eine Anknüpfung an den Besitz auf Veräußererseite im Rahmen des gutgläubigen Erwerbs dogmatisch nicht mehr überzeugen kann ²⁾. Besser erscheint ein Abstellen auf ein besitzrechtliches "Näher-Heranrücken-an-die-Sache" ³⁾. An diesem Grundsatz hält der C.c. durchgehend fest.

Diese Lösung ist klarer und einsichtiger als die Anknüpfung an fiktive Zurechnungskriterien zum Aufbau eines Rechtsscheins auf Veräußererseite, der sich vom Besitz nach heutiger Rechtsprechung bereits völlig gelöst hat.

Dieser Grundsatz des "Näher-Heranrückens-an-die-Sache" auf Erwerberseite läßt sich überdies aus dem

1) siehe oben Seite 223

2) siehe oben Seite 227

3) siehe oben Seiten 246, 251, 253, 254

geltenden System der §§ 932 ff. BGB zwanglos herleiten ⁴⁾.

Die systembedingten Nachteile einer rein possessori-schen Anknüpfung, wie sie der C.c. vornimmt, liegen darin, daß ein Eigentumsübergang "inter omnes" nur solange zweifelsfrei feststeht wie der Erwerber den Besitz behält ⁵⁾. Diese Problematik würde sich im Rahmen der §§ 932 ff. BGB, die den Eigentums-übergang regeln, nicht stellen.

Ein Vergleich beider Rechtsordnungen ergab ferner, daß der C.c. in weitaus höherem Maße eine einseitige Zuordnung des Eigentumsverlustes und damit des Schadens auf den Alteigentümer vornimmt ⁶⁾. Dies vor allem im Bereich typischen Warenumsatzes. Dem Verkehrsschutzgedanken wird weitaus stärkere Bedeutung beigemessen als im deutschen Recht. Die Regelung des Art. 2280 C.c. führt dabei in der Rechtswirklichkeit zu Ergebnissen, die man im Hinblick auf die völlig identische Abgrenzung von anvertraut und abhandengekommen in beiden Rechtssystemen zunächst nicht vermuten würde.

Die Anknüpfung an den Besitz als Rechtsscheinstatbestand wird im französischen Recht klarer und eindeutiger durchgehalten als im deutschen Recht, wo ein vielgestaltiger Besitzbegriff gerade im Rahmen der §§ 932 ff. BGB Verwirrung stiftet. Die Regelung des BGB vermag aber gegenüber der des C.c. zu überzeugen, wenn es um die eindeutige dingliche Zuordnung des Eigentums auf den gutgläubigen Erwerber geht. Hierdurch bedingt wird der Schutzbereich der §§ 932 ff. BGB dann jedoch in Einzelfällen sehr weit ausgedehnt,

4) siehe oben Seiten 226, 238

5) siehe oben Seiten 151, 164

6) siehe oben Seiten 193 - 196

so etwa bei der Regelung des bösgläubigen Zweiterwerbs ⁷⁾.

Obwohl rechtshistorisch auf noch älteren Grundlagen fußend als das deutsche Recht zeigt der C.c. bei der Nachlässigkeitswertung weniger Mängel als das BGB mit seiner extrem auseinanderfallenden Lösung beim schuldlos Anvertrauenden und beim grobfahrlässigen Verlierer ⁸⁾.

Überzeugen konnte auch der französische Lösungsansatz, die öffentliche Versteigerung nicht besser und nicht schlechter zu behandeln als jedes andere Umsatzgeschäft ⁹⁾.

Weitere Anregungen konnten dem C.c. bezüglich der Lösung bei den der Besitzdienerschaft des BGB entsprechenden Fällen entnommen werden ¹⁰⁾.

Schließlich konnten dem C.c. weitere Argumente für eine stärkere Berücksichtigung des Verkehrsschutzgedankens und für die Aufhebung des § 937 BGB in seiner jetzigen Form entnommen werden ¹¹⁾.

Besonders wertvoll war die vergleichende Betrachtung im Hinblick auf die Untersuchung des Lösungsrechtsgedankens. Die gedankliche Fortsetzung und Weiterentwicklung einer dem Art. 2280 C.c. entsprechenden Regelung führt zu interesssegerechten ausgewogenen Ergebnissen, die durch Lösungen neuer Kodifikationen in dritten Rechtsordnungen bestätigt werden ¹²⁾.

7) siehe oben Seiten 215, 218, 219

8) siehe oben Seiten 268, 269, 275

9) siehe oben Seite 217

10) siehe oben Seite 185

11) siehe oben Seite 178

12) siehe oben Seite 282 f.

Die Forderungen, die an die Lösung de lege ferenda zu stellen sind, können wie folgt zusammengefaßt werden:

1. Der Begriff des Abhandenkommens ist auf Diebstahl und höhere Gewalt einzuschränken. Nur bei einem Besitzentzug, ohne daß der Eigentümer in irgendeiner Form hierzu beigetragen hat, soll "Abhandenkommen" vorliegen.
2. Bei dargelegtem Affektionsinteresse ist dem Alteigentümer ein Lösungsrecht zu gewähren und zwar in der Form, daß ihm gegen den gutgläubigen Erwerber zwar nicht die rei vindicatio zusteht, sondern ein schuldrechtlicher Herausgabeanspruch, der Zug um Zug gegen Zahlung des vollen Sachwertes an den Erwerber gewährt wird.
3. Bei abhandengekommenen Sachen bleibt die rei vindicatio des Alteigentümers aufrechterhalten, jedoch hat der Alteigentümer den Erwerber in Höhe des halben Schadens zu entschädigen. Der Gesichtspunkt der Schadensteilung, nicht der Verbleib der Sachsubstanz wie beim Lösungsrecht unter 2. steht im Vordergrund. Deshalb soll dem Eigentümer auch das Recht zustehen, auf die Herausgabe der Sache zu verzichten und den halben Schaden vom Erwerber Zug um Zug gegen Übereignung der Sache ersetzt zu verlangen.
4. Die Ersitzungszeit ist auf fünf Jahre zu verkürzen. Nach fünf Jahren können auch abhandengekommene Sachen gutgläubig erworben werden. Nach französischem Vorbild ist diese Frist dabei als Praeclusionsfrist aus-

zugestalten, das heißt die Frist läuft nicht als Besitzbegründung des letzten Erwerbers, sondern vom Zeitpunkt des Besitzentzuges durch Diebstahl oder höhere Gewalt. Das soll jedoch nicht für Sachen gelten, an denen öffentliches Interesse besteht.

5. Die Privilegierung von Erwerbstatbeständen, denen typische, auf Warenumsatz gerichtete Geschäfte zugrunde liegen, muß neu überdacht werden. Eine Differenzierung, wie §§ 932 ff. BGB und 366 HGB vornehmen, ist nicht befriedigend, da die Privilegierung des § 366 HGB nahezu ausschließlich an die Kaufmannseigenschaft des Veräußerers anknüpft, ohne auf das Vorliegen eines nach Art der Sache und Abwicklung typischen Umsatzgeschäftes abzustellen. Auch ist im Hinblick auf die Regelung des C.c. zu überprüfen, ob der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis des Veräußerers nicht generell ausreichen sollte.

Eine unterschiedliche Behandlung von Geschäften zwischen Privatleuten und Geschäften, die auf Warenumsatz gerichtet sind, würde dann allein durch unterschiedlich starke Anforderungen an den guten Glauben beziehungsweise die Nachforschungspflichten erfolgen.

6. Die Regelung des unentgeltlichen gutgläubigen Erwerbs in § 816 I S. 2 BGB ist durch eine Neuregelung im Rahmen der Gutglaubensvorschriften zu ersetzen.

Am 26.7.1948 wurde ich als ältestes Kind des Dipl. Landwirts Prof. Wilhelm Römer und seiner Frau Margarete, geb. Wilberg, in Gelsenkirchen geboren.

Von 1955 bis 1959 besuchte ich in Münster die ev. Martin Luther Volksschule. Am 4.6.1967 bestand ich am Staatlichen Archigymnasium zu Soest die Reifeprüfung.

Nach dem Wehrdienst nahm ich zum Sommersemester 1969 das Studium der Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwig-Universität in Freiburg auf. Im Sommersemester 1971 setzte ich mein Studium an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster fort. Am 12.1.1974 legte ich vor dem Oberlandesgericht in Hamm die Erste Juristische Staatsprüfung ab.

Meinen juristischen Vorbereitungsdienst absolvierte ich in Hamburg und legte vor dem dortigen Oberlandesgericht am 21.12.1978 die Große Juristische Staatsprüfung ab.

Die rechtsvergleichenden Forschungen zu meiner Arbeit betrieb ich im wesentlichen an der juristischen Fakultät der Universität von Paris und am Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

Seit dem Frühjahr des Jahres 1979 bin ich als Rechtsanwalt zugelassen. Zunächst übte ich meine Anwaltstätigkeit in Münster aus. Seit 1981 lebe ich in Meinerzhagen und bin in einem dort ansässigen Unternehmen der Metallindustrie tätig.

Ich bin verheiratet und habe 2 Kinder.

